

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GABRIELA DE BARROS QUIRINO

DISPUTE BOARDS COMO MÉTODO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS EM CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

CURITIBA

2018

GABRIELA DE BARROS QUIRINO

DISPUTE BOARDS COMO MÉTODO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS EM CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora Profa. Dra. Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz

CURITIBA

2018

Com amor, dedico o presente trabalho monográfico à minha mãe Ana Lúcia Lima de Barros Quirino, ao meu pai Luiz Carlos Quirino, aos grandes mestres e nobres amigos que colaboram com a minha formação pessoal, acadêmica e profissional.

AGRADECIMENTOS

À sociedade que me proporcionou a formação acadêmica em nível de Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná, o meu largo agradecimento. À espiritualidade, agradeço pelo amparo, inspiração e luz. Aos meus pais Ana Lúcia Lima de Barros Quirino e Luiz Carlos Quirino, os quais sempre incentivaram o estudo, a educação formal e familiar, o meu amor e a maior gratidão! Sem a colaboração intensa de vocês, jamais conseguiria alcançar hoje os meus objetivos e os sonhos de outrora.

Aos meus tios Séfora Soares de Moura e José Paulino Quirino, agradeço o carinho e o incentivo para que eu me torne ainda mais, a cada dia, uma pessoa valorosa e vitoriosa. À tia Vera Lúcia Lima de Barros, a minha admiração pela determinação e honradez. À avó Diones Barbosa de Lima Barros, a minha sincera gratidão pelo zelo, carinho e amor que me fortalecem a cada dia.

Aos grandes mestres do Direito, encarnados ou eternizados, agradeço pelos ensinamentos edificantes e pela dedicação à produção jurídica que contribuíram grandemente para a minha formação acadêmica. Aos entes queridos, em memória especialmente ao avô Antônio José de Barros, a dedicatória desta Graduação de sua única neta em sinal de maior alegria!

À especial orientadora e fonte de inspiração Professora Maria Cândida Kroetz, agradeço a paciência, a dedicação e o exemplo de notável mulher jurista, sendo este o modelo que me guiará durante a caminhada acadêmica e profissional para que, com muita alegria, vitórias sejam alcançadas! Ao querido amigo Gustavo Miranda Loures, obrigada pela parceria e confiança, tendo ao meu lado compartilhado dias desafiadores e muitas glórias. Desejo sucesso em sua carreira de nobre Causídico e na academia! À querida amiga Francielli Bispo Bertagnolli, obrigada pela companhia e por contribuir para a minha construção enquanto cidadã, acadêmica e profissional politizada. Desejo sucesso em sua militância!

“Que nada nos defina. Que nada nos sujeite.
Que a liberdade seja nossa própria substância.”

– Simone de Beauvoir

RESUMO

Em razão da alta complexidade técnica e das variáveis envolvidas, usualmente ocorrem conflitos nas fases iniciais (concepção e planejamento) e nas fases finais (execução e operação) do projeto básico dos contratos públicos de infraestrutura. Dada a necessidade de soluções técnicas, menos onerosas e mais céleres, em detrimento da tutela judicial e da arbitragem, os *Dispute Boards* se destacam como o método mais adequado de solução de disputas decorrentes de empreendimentos de expressivo porte econômico. No Brasil, ainda se discute a possibilidade de utilização dos *Dispute Boards* em contratos envolvendo a Administração Pública, em razão dos princípios administrativos da primazia e indisponibilidade do interesse público, da legalidade e da publicidade – numa discussão que adentra à possibilidade ou não do Poder Público resolver seus litígios fora do Judiciário. Com o advento da Lei Municipal nº 16.873 de 2018, de São Paulo, e a difusão de cláusulas prevendo a utilização de mecanismo privado de resolução de disputas em contratos internacionais de financiamento, houve impulso do uso dos *Dispute Boards* na realidade administrativa brasileira. A partir da metodologia de revisão bibliográfica sobre o setor de infraestrutura no Brasil, os princípios do direito público, os principais conflitos decorrentes de contratos de infraestrutura e a aplicabilidade dos *Dispute Boards*, compreende-se que a celeridade e a apuração técnica dos Comitês permitem a execução contratual observando o cronograma de obras, sem torná-la demasiadamente onerosa aos cofres públicos, possibilitando a concretização do princípio da eficiência da Administração Pública.

Palavras-chave: *Dispute Boards*. Contratos Públicos. Infraestrutura.

ABSTRACT

Due to the high technical complexity and the variables involved, conflicts usually occur in the initial phases (design and planning) and in the final phases (execution and operation) of the basic project of infrastructure public contracts. Given the need for technical solutions, less costly and faster, to the detriment of judicial decision and arbitration, the Dispute Boards stand out as the most appropriate method of resolving disputes arising out of significant ventures. In Brazil, it is still discussed the possibility of using the Dispute Boards in contracts involving the Public Administration, due to the administrative principles of primacy and unavailability of public interest, legality and publicity – in a discussion that enters into the possibility or not of the Public Sector settle their disputes outside the Judiciary. With the advent of Municipal Law n. 16,873 of 2018, in São Paulo, and the dissemination of clauses foreseeing the use of a private dispute resolution mechanism in international financing contracts, there was a boost in the use of Dispute Boards in the Brazilian administrative reality. Based on the methodology of bibliographic review about: the principles of public law, the main conflicts arising from infrastructure contracts and the applicability of the Dispute Boards, it is understood that speed and technical assessment of the Committees, among others, which allow the contractual execution observing the schedule of works, without making the public coffers too costly, making possible the realization of the principle of efficiency of the Public Administration.

Keywords: Dispute Boards. Public Contracts. Infrastructure.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA SOBRE A DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS.....	16
2.1	RACIONALIDADE INTERPRETATIVA BINÁRIA DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO	17
2.2	POSSIBILIDADE DE ELEIÇÃO DE MÉTODOS PRIVADOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	22
3	MÉTODOS DE SOLUÇÃO APLICÁVEIS ÀS PRINCIPAIS DISPUTAS DECORRENTES DOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA.....	28
3.1	FALHAS NO PROJETO BÁSICO QUE PROPICIAM O SURGIMENTO DE DISPUTAS NOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA	28
3.2	BOAS PRÁTICAS DE GESTÃO PÚBLICA E MÉTODOS DE SOLUÇÃO APLICÁVEIS ÀS DISPUTAS DECORRENTES DE CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA.....	32
4	<i>DISPUTE BOARDS</i> APLICADOS AOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA.....	37
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

O sistema de justiça brasileiro admite a possibilidade de resolução de disputas para além da tradicional via judicial.¹ Sendo basilar tomar em conta que o princípio do acesso à justiça perpassa pelo aprimoramento e utilização dos meios alternativos ao Judiciário – e adequados ao conflito – para a solução de disputas, visando maior qualidade das soluções e evitando a sobrecarga dos juízes de direito com demandas aptas a serem resolvidas extrajudicialmente, inclusive em casos envolvendo a Administração Pública.²

Neste sentido, Eduardo Cambi e Fernando Machado de Souza compreendem que cada conflito deve ser dirimido de acordo com as suas particularidades. De modo que a tutela judicial deve ser entendida como *ultima ratio* e como uma das formas de solução de disputas, ao lado de outros meios tutelados pelo sistema de Justiça Multiportas: o “novo Código de Processo Civil é uma oportunidade para enfatizar técnicas processuais mais adequadas à proteção dos direitos, sobretudo porque a Administração Pública brasileira é uma das maiores responsáveis pela excessiva judicialização de demandas”.³

Importa ressaltar que a análise da resolução de conflitos decorrentes do planejamento e da execução de contratos públicos de infraestrutura é melhor compreendida após a verificação inicial sobre a conjuntura econômica brasileira de investimentos no setor de infraestrutura.

Tendo em vista a função norteadora de direitos no ordenamento jurídico pátrio, a Constituição em seu preâmbulo⁴ assegura e, após, consolida no art. 3º, II: a garantia do

¹ Conforme as disposições dos parágrafos do art. 3º do Código de Processo Civil, é permitida a arbitragem e o Estado deve promover a solução consensual de conflitos sempre que possível. Ademais, a Lei nº 13.140 de 2015 dedica o Capítulo II à autocomposição de conflitos quando é parte pessoa jurídica de direito público e no art. 32 há autorização para que a Administração Pública crie câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos órgãos de Advocacia Pública. Na sequência, o art. 35 trata da possibilidade de que as controvérsias jurídicas sejam objeto de transação por adesão, mediante autorização do Advogado-Geral da União quando há jurisprudência pacífica dos tribunais superiores sobre a matéria ou através de parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República. A Lei nº 9.307 de 1996 também dispõe no art. 1º, §1º sobre a possibilidade da Administração Pública utilizar a arbitragem para dirimir os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Por fim, o Código de Ética e Disciplina da OAB assevera no art. 2º a importância do Advogado, que, de acordo com o parágrafo único, possui como deveres: “VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial”.

² Sobre o tema, Eduardo Cambi e Fernando Machado de Souza destacam: “É preciso superar a cultura da sentença como único modo de solução do conflito, pois tal forma de composição dos litígios é insatisfatória, pois mesmo quem obtém a tutela jurisdicional, precisa arcar com a duração, nem sempre célere, do processo judicial. Logo, devem ser incentivados os métodos alternativos de solução de controvérsias, reservando a tutela tradicional somente àqueles casos em que a utilização de tais meios se mostrem inviáveis.”. CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. A disponibilidade do interesse público no novo Código de Processo Civil e o princípio da eficiência na Administração”. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 44, n. 142, jun. 2017. p. 131.

³ CAMBI, SOUZA, p. 131.

⁴ O preâmbulo da Constituição do Brasil dispõe: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos

desenvolvimento nacional e a solução pacífica das controvérsias como objetivos fundamentais do país.

Neste sentido, de acordo com o entendimento de Arnaldo Wald, para que o Brasil logre o desenvolvimento que pretende, é preciso investir em infraestrutura para a realização de obras e serviços de interesse da coletividade.⁵ Contudo, não é o preceito que se observa da análise econômica que demonstra o déficit de estoque destinado à infraestrutura e que leva, por conseguinte, ao agravamento do déficit público de investimento em setores essenciais de tutela do Estado.⁶

No Brasil, de acordo com estudos realizados pela Câmara Brasileira da Indústria da Construção, é necessário que o investimento econômico mínimo seja de 3% do Produto Interno Bruto (PIB) em infraestrutura para manter o estoque de capital existente. Para que o país se equipare ao desenvolvimento obtido pelas economias emergentes do Leste Asiático, é preciso que o investimento suba para, no mínimo, 5% do PIB – o que representa esforço anual adicional no importe aproximado de R\$125 bilhões.⁷

Para que se aumente o investimento em infraestrutura, deve-se também considerar a qualidade em todas as etapas de contratação entre o Poder Público e o setor privado para construções. Ademais, Wald complementa que há alteração em andamento sobre as noções do Direito Administrativo, que deixa de ser pautado na estrita burocracia e comando – que leva à

direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a *solução pacífica das controvérsias*, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”. Após, o desenvolvimento nacional é retomado no art. 3º, II: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II - *garantir o desenvolvimento nacional*;”. Grifos atribuídos.

⁵ WALD, Arnaldo. Novos aspectos da concessão de obras e do seu financiamento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Licitação e contratos administrativos*. Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo. V. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 575.

⁶ É o que revela o estudo realizado em 2015 pela Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC) sobre: “Investimento em infraestrutura e recuperação da economia”. De acordo com a pesquisa, o Brasil investe entre 2% e 2,5% do PIB em infraestrutura em razão de programas de ajuste econômico e da não substituição do investimento público pelo do setor privado (com a ideia de que o Estado deva manter a função regulatória e o massivo investimento parta da iniciativa privada). CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. *Investimento em infraestrutura e recuperação da economia*. Disponível em: <https://bit.ly/2M7nN1Q>. Acesso em: 11 ago. 2018. p. 11.

⁷ Conforme o estudo da CBIC que analisou o relatório elaborado pelo World Economic Forum em 2014/15, o Brasil se posicionou na 120ª colocação em comparação com outros 144 países que investem em infraestrutura. Como piores setores, destacam-se as rodovias e portos – dois principais modais de transporte. Em complemento, o estudo com a série histórica de dados do transporte foi realizado pela Confederação Nacional do Transporte em 2017 e destaca que os investimentos em qualidade e crescimento da malha rodoviária não acompanha a demanda de escoamento de produção e deslocamento de pessoas. Bem como há consideráveis problemas nas instalações portuárias. Isso leva à conclusão de que é preciso investimento estratégico na infraestrutura de transporte e que os estudos estatísticos são importantes para orientar o planejamento, a gestão dos projetos e a execução das grandes obras de construção. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. *Anuário CNT do Transporte*: estatísticas consolidadas. Ano 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2w6ZWVt>. Acesso em: 11 ago. 2018.

noção de constante desconfiança em relação à esfera privada – para se estruturar em um direito que tem como valor a construção de associações com o setor privado em prol de soluções com garantias mútuas⁸. É o que se espera, através do incremento econômico do setor de infraestrutura, para que o Brasil alce o desenvolvimento nacional que possibilita avanços em direção à igualdade e ao bem-estar da coletividade.⁹

No mesmo sentido, a partir das análises elaboradas pelo Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas, constata-se que a crise que se instalou no Brasil dificulta a destinação de investimentos públicos para o setor de infraestrutura, sendo importante atrair investimento privado – que encontra dificuldade em razão dos “riscos políticos, insegurança jurídica, restrições a financiamento e problemas de governança nos setores público e privado”¹⁰. Destarte, apontam-se como necessidades: “profundas mudanças regulatórias e inovações nos contratos entre o poder público e a iniciativa privada relativos aos setores de infraestrutura”¹¹.

Cumpre esclarecer que infraestrutura é a terminologia utilizada para identificar construções ou instalações que possuem finalidade de interesse público, ou seja, são destinadas ao uso do povo ou são vinculadas à prestação de atividade econômica. Em suma, pode-se dizer que é “o conjunto de bens públicos de uso comum ou especial”, segundo André Saddy.¹²

Em sendo utilizados em construções de expressivas dimensões econômicas, os contratos de infraestrutura são complexos e demandam apurada técnica de elaboração e gestão para que haja a devida execução no prazo estabelecido e com a qualidade técnica que se objetiva. Em relação às modalidades, observa-se que há diversa gama e todas as espécies de contratações públicas convergem para a tentativa de composição dos riscos inerentes ao contrato.¹³

⁸ WALD. In: DI PIETRO; SUNDFELD, 2012. p. 585.

⁹ Conforme preceitua o preâmbulo da Constituição de 1988.

¹⁰ DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Apresentação. In: DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Org.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. p. 11.

¹¹ DUTRA, SAMPAIO, p. 11.

¹² SADDY, André. Perspectivas do direito da infraestrutura com o surgimento das novas tecnologias (inovações) disruptivas. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 06/2018, jul.-set./2018. p. 23.

¹³ Flávio Amaral Garcia entende que os duradouros contratos concessionais – que englobam as concessões comuns de serviços públicos e as parcerias público-privadas, os quais se conformam por meio da colaboração da iniciativa privada para a consecução de tarefas e finalidades afetas ao interesse público – estão enfrentando dificuldades em relação aos riscos que são partilhados entre as partes “o que é potencializado em razão do grave déficit – ao menos na esmagadora maioria dos contratos – de uma determinação objetiva do que se compreende por equilíbrio econômico-financeiro naquela relação jurídica, das situações que geram desequilíbrio e, principalmente, das formas e modos de reequilibrar o contrato.”. E complementa: “ao ângulo financeiro e econômico, equilíbrio, desequilíbrio e reequilíbrio são temas que constituem o núcleo essencial de qualquer contrato concessional, mas que ainda carecem, no mais das vezes, de uma regulação contratual mais eficiente e

Dentre os tipos de contratos públicos para grandes obras, Flávio Amaral Garcia considera que os contratos concessionais – ou *regulatory contracts* – qualificam-se como incompletos, pois é impossível “regular todos os aspectos da relação contratual, o que os torna naturalmente inacabados e com lacunas, que reclamarão uma tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante a sua execução”¹⁴.

Contudo, segundo Garcia, a melhor saída para evitar volumosos litígios é que o contrato público delimite “padrões e parâmetros que orientem as partes na condução e proteção dos seus interesses”. E em brilhante reflexão, sintetiza: “Contratos incompletos acarretam maior discricionariedade. Discricionariedade exige maior consensualidade. Consensualidade impõe confiança, boa-fé, cooperação, colaboração, ética nas relações e diálogo permanente.”¹⁵

A partir daí, surge a necessidade de aprofundamento em relação à possibilidade ou não da Administração Pública resolver suas controvérsias contratuais fora do Judiciário, levando em consideração as correntes doutrinárias que admitem e rechaçam a transação de interesses públicos secundários através de mecanismos privados de solução de controvérsias.

Em razão da principiologia de direito público e da prática corrente¹⁶, é usual que os contratantes se socorram da tutela judicial – ainda que os ônus inerentes ao próprio método entrem a concretização do interesse público pelo tempo de paralisação do andamento das obras, por exemplo.

Contudo, há outros métodos de solução e prevenção de controvérsias que podem ser mais adequados, como a arbitragem, a mediação e os *Dispute Boards* – o qual será objeto de melhor análise em relação às vantagens e desvantagens específicas para o contexto dos problemas atinentes aos contratos de infraestrutura para a construção de grandes obras.

Em razão do impulso recente na legislação brasileira, desde já cumpre informar no que se consistem os *Dispute Boards*. De acordo com o *International Chamber of Commerce*

que delimite os seus contornos básicos, com vistas a conferir segurança jurídica aos contratantes (entes públicos e contratado) nos complexos processos de renegociação que se sucedem durante relações administrativas tão duradouras como são as concessões e as parcerias público-privadas”. GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Org.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. pp. 27-28.

¹⁴ GARCIA, pp. 47-48.

¹⁵ GARCIA, p. 48.

¹⁶ Abrangendo os anos de 2010 a 2013, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) promoveu o estudo sobre “O uso da Justiça e o litígio no Brasil”, a partir da análise de dados dos Tribunais de Justiça da Bahia, do Distrito Federal, do Espírito Santo, do Mato Grosso do Sul, da Paraíba, do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Sul, de Rondônia, de Santa Catarina, de São Paulo e do Sergipe, concluindo que “em oito das onze Unidades da Federação pesquisadas, o Poder Público municipal, estadual e federal concentra a maior parte das ações iniciadas no Primeiro Grau (parte do polo ativo), no grupo dos 100 maiores litigantes”. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Disponível em: <https://bit.ly/2DW7xgA>. Acesso em: 03 out. 2018.

(ICC) – o qual reúne 6 milhões de membros em mais de 100 países e é responsável pela promoção do comércio internacional, da conduta empresarial responsável e de uma abordagem global para a definição de normas e de meios de resolução de litígios –, os *Dispute Boards* são comitês permanentes, compostos por um ou três membros, comumente utilizados em projetos de construção e criados para o acompanhamento do andamento contratual, com vistas à prevenção e à resolução de disputas.¹⁷

Ademais, os *Dispute Boards* podem emitir: a) recomendações técnicas (denomina-se *Dispute Review Board*) quando provocados, através de seus membros neutros, imparciais e eleitos previamente pelos contratantes; b) proferir decisões adjudicatórias vinculantes (denomina-se *Dispute Adjudication Board*); c) há também o modelo híbrido, em que é possível tanto o Comitê proferir decisões vinculantes como exprimir recomendações técnicas para a solução do conflito quando provocado (denomina-se *Combined Dispute Board*).¹⁸ O benefício central é evitar o risco e os custos decorrentes da interrupção ou paralisação da execução contratual por desajuste entre as partes.¹⁹

No mesmo sentido, conforme o entendimento da *International Federation of Consulting Engineers* (FIDIC) – responsável pela promoção e implementação de metas estratégicas no setor de engenharia consultiva com membros em 104 países, possuindo como tarefa a formulação de padrões internacionais de contratos para obras, incluindo treinamentos na área de gestão ambiental, de sustentabilidade, de riscos e de qualidade, com foco em projetos de grande valor²⁰ – o *Dispute Board* é o método eleito no início do contrato que permanece ativo até a sua finalização, sendo o Comitê composto por uma ou três pessoas experientes na área do contrato, usualmente engenheiros, todos independentes e aprovados pelas partes.²¹

Ademais, a FIDIC salienta a necessidade de o Comitê visitar regularmente o local da construção e se reunir com as partes para identificar as questões antes que se tornem disputas

¹⁷ ICC. *Dispute boards*. Disponível em: <https://bit.ly/2sphPux>. Acesso em: 03 out. 2018.

¹⁸ Sobre a provocação do Comitê, Ribeiro e Rodrigues pontuam: “surgida uma controvérsia ou uma reivindicação de qualquer das partes, a atuação do comitê pode ser provocada pela apresentação, pelos contratantes, de seu posicionamento e suas razões, o que pode, também, ser realizado mediante a convocação de uma audiência em que os membros do *Dispute Board* irão ouvir a narrativa da situação pela óptica de cada parte”. Ademais, “a apresentação deve incluir uma descrição clara da disputa, a indicação das pretensões que as partes desejam ver atendidas, as razões pelas quais o comitê deve emitir uma decisão com natureza vinculativa, se for o caso, dentre outros aspectos que as partes, ou o próprio *Dispute Board*, julguem relevantes para a análise detida da controvérsia”. RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os *Dispute Boards* no direito brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, v. 9, n. 2. p. 144.

¹⁹ O ICC adverte que existe a obrigação contratual de cumprir as recomendações e decisões, quando requerido, não permitindo objeções ao mérito como uma defesa ao não cumprimento. ICC. *Dispute boards*. Disponível em: <https://bit.ly/2sphPux>. Acesso em: 03 out. 2018.

²⁰ FIDIC. *About FIDIC*. Disponível em: <https://bit.ly/1RFAR7p>. Acesso em: 03 out. 2018.

²¹ SEPPÄLÄ, Christopher R.. *FIDIC and Dispute Adjudication Boards (DAB(s))*. Disponível em: <https://bit.ly/2O45CLx>. Acesso em: 03 out. 2018. p. 06.

– em uma atuação preventiva ao litígio. Em razão da *expertise*, quando provocados, os membros do Comitê devem elaborar pareceres, ouvir as partes e proferir recomendações técnicas ou decisões, as quais, posteriormente, poderão ser submetidas à revisão na arbitragem ou no Judiciário.²²

A fim de prevenir disputas, deve-se primar pela qualidade na elaboração dos contratos de infraestrutura, sendo imprescindível o investimento de tempo e técnica na concepção do projeto básico²³, que deve definir objetivamente: a) as informações técnicas da obra; b) os estudos de impacto ambiental e social; c) as responsabilidades das partes; d) o risco envolvido na execução do empreendimento; e) prever o método de solução de disputas; f) os estudos de viabilidade econômica e financeira do projeto; f) as normas jurídicas que interferem no projeto e a adequação para evitar discrepâncias. Todos estes itens são fundamentais e devem ser complementados por outros, de acordo com a complexidade inerente ao projeto específico em apreço.²⁴

No estudo “Infraestrutura no Brasil: ajustando o foco”, Alexandre Pereira e Fernando Pimentel Puga observaram que as dificuldades do setor de infraestrutura brasileiro não se esgotam na limitação dos recursos financeiros, mas avançam em direção às searas da regulação, da estruturação de projetos, da prestação do serviço à população com a cobrança de uma tarifa equilibrada (permitindo a remuneração do investimento privado e a percepção razoável pelos usuários), além da criação de programas de concessão e parcerias público-privadas (PPP) que sejam atrativas à iniciativa privada “com procedimentos que facilitem

²² SEPPALA, p. 07.

²³ Em observância ao disposto no art. 7º, I, II e III da Lei nº 8.666 de 1993: “As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência: I – projeto básico; II – projeto executivo; III – execução das obras e serviços”. Ademais, no §2º, I do art. 7º, há disposição de que as obras – e serviços – só poderão ser licitados quando: “I – houver projeto básico aprovado por autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório”. De acordo com o art. 6º, IX do referido diploma legal, constitui projeto básico: “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou o serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados”.

²⁴ CARNEIRO, Tiago Amorim Pouillard. Direito da construção: das modalidades de contratação nos projetos de engenharia. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 152, set 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2B3Ze0Q>. Acesso em: 11 ago 2018.

tratar eventos não previstos nos contratos”.²⁵ Mais uma vez, a definição de métodos para prevenção e solução de controvérsias no contrato é apontada como fator de relevante importância.²⁶

No decorrer do estudo, analisar-se-ão: a) a alteração do paradigma dicotômico clássico de direito público e direito privado em comparação com teorias que admitem a noção de complementariedade e inter-relação entre os ramos do direito; b) a possibilidade da Administração Pública eleger meios alternativos ao Judiciário e adequados ao conflito em seus contratos de infraestrutura. Após, verificar-se-ão os principais fatores que levam à instauração de uma disputa na modalidade de contratos em apreço, os quais serão mapeados, analisando-se a importância da atuação preventiva de conflitos.

Ademais, será dado especial enfoque aos métodos de solução de controvérsias aplicáveis aos contratos de infraestrutura, com a abordagem crítica sobre os *Dispute Boards* – levando em consideração a relevância internacional do método e a sua eleição no âmbito dos financiamentos de grandes projetos infraestruturais – a partir das especificidades em relação aos outros meios (mediação, arbitragem e tutela judicial), analisando como vem ocorrendo a sua difusão no ordenamento jurídico pátrio (a partir da Lei Municipal nº 16.873 de 2018 de São Paulo, do Projeto de Lei nº 9.883 de 2018 que dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) em contratos administrativos e do Projeto de Lei do Senado nº 206 de 2018 que regulamenta a eleição do método nos contratos entabulados pela União), conjugando-se inspirações práticas (contratos para a construção da Linha nº 04 – Amarela – do Metrô de São Paulo e mais de 30 contratos internacionais celebrados ao tempo da Copa do Mundo de 2014 e da Olimpíada e da Paraolimpíada do Rio de Janeiro de 2016).

Por fim, após a pesquisa pautada na metodologia de revisão de estudos técnicos e de bibliografia especializada, compreende-se que os *Dispute Boards* constituem o método apropriado para ser eleito nas contratações públicas de infraestrutura, em razão das especificidades que contribuem para a facilitação da resolução de disputas sem prejudicar o andamento do projeto básico – e das obras – e sem onerar demasiadamente os cofres públicos com gastos desnecessários e acima do planejado.

²⁵ Alexandre Pereira e Fernando Pimentel Puga, sobre a crise brasileira, alertam: “As concessões e as PPPs são formas de canalizar recursos do setor privado para investimentos em infraestrutura. Em alguns casos, a estruturação de PPPs tende a ser a única solução para expansão dos investimentos. São situações em que há necessidade de compartilhamento de riscos entre o setor privado e o setor público, bem como situações em que não há geração de economias de escala suficiente para tornar os projetos atrativos, como é o caso de levar saneamento a municípios pequenos. O desafio é fazer com que os projetos de concessão e PPPs sejam estruturados de forma equilibrada, de modo a evitar situações de risco moral e de seleção adversa.”. PEREIRA, Alexandre; PUGA, Fernando Pimentel. *Infraestrutura no Brasil: ajustando o foco*. BNDES, *Textos para discussão*, nº 112, nov. 2016. p. 24.

²⁶ PEREIRA, PUGA, p. 07.

2 PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA SOBRE A DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS

Insta observar que, em razão da dicotomia entre o direito público e o direito privado por conta da principiologia diversa que os regem, há resistência doutrinária, em especial da corrente clássica administrativista, no que concerne à possibilidade de eleição de métodos extrajudiciais de solução de controvérsias quando se está em pauta a disponibilidade do interesse público.

Contudo, há arcabouço legislativo que prepondera a utilização de meios alternativos ao Judiciário e adequados ao conflito para incentivar que a melhor solução seja lograda com celeridade e qualidade, sendo importante considerar que a Administração Pública não é excluída da tendência processual do sistema de Justiça Multiportas.²⁷

Corroborando neste sentido, novéis diplomas admitem até mesmo a possibilidade de instituição de cláusula compromissória de eleição dos *Dispute Boards* como método em contratos de infraestrutura. De modo que não há prejuízo relativo a não observância do princípio da legalidade estrita.²⁸

Pondera-se a crítica de que remanesce resistência de parte da doutrina – norteadas pelo clássico Celso Antônio Bandeira de Mello – em se admitir a utilização de métodos

²⁷ O art. 3º, §§ 1º, 2º e 3º do Código de Processo Civil dispõem que: a) a arbitragem é permitida conforme a lei; b) o Estado proverá a solução consensual dos conflitos; c) tanto a conciliação e a mediação como outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive quando já estiver em curso processo judicial. Ademais, como já ponderado na primeira nota de rodapé, a Lei de Mediação, a Lei de Arbitragem e o Código de Ética e Disciplina da OAB se mostram importantes diplomas que consolidam o que se convencionou chamar de Sistema Multiportas.

²⁸ Neste sentido, a Lei nº 13.140 de 2015 consigna no art. 1º que o diploma trata da “mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”. Ademais, no Capítulo II denominado “Da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público” há disposição no art. 32 autorizando “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” a “criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para”: ‘I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública’. Inclusive podendo ser discutido no âmbito das câmaras “conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares” (art. 32, §5º) e sendo imbuída a Advocacia-Geral da União em conflitos envolvendo a Administração Pública Federal direta ou através de suas autarquias e fundações. Bem como há previsão na Lei nº 11.079 de 2004, no Capítulo V “Da licitação” em Parcerias Público-Privada, no art. 11, III, admitindo “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307 de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”. Bem como a Lei nº 8.987 de 1995, em seu art. 23-A prevê que “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307 de 1996”. Especialmente tratando dos *Dispute Boards*, houve a promulgação da Lei Municipal nº 16.873 de 2018 em São Paulo reconhecendo e regulamentando “a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo”.

privados em disputas envolvendo a Administração Pública, em virtude da possibilidade de violação aos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, o que adiante será objeto de melhor análise. Contudo, a prática da Administração Pública, amparada pela legalidade, indica que a tutela judicial é uma das opções dentre outras que podem ser utilizadas para dirimir disputas.²⁹

2.1 RACIONALIDADE INTERPRETATIVA BINÁRIA DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO

A partir dos ensinamentos de Carlos Ari Sundfeld, jurista que se debruça sobre o estudo do direito público, infere-se a diferenciação entre os ramos do direito público e do direito privado. Neste sentido, o direito público se forma pelo conjunto de normas que regulam as relações entre Estado e indivíduos e o direito privado, pelo conjunto de normas que regem as relações dos indivíduos entre si, dentro do Estado-sociedade.³⁰

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, clássico administrativista, compreende a importância da distinção entre direito público e privado em razão da influência gravitacional que os princípios exercem dentro dos sistemas, atraindo as normas jurídicas para que haja harmonia na leitura do direito: “o Direito é um conjunto de normas – princípios e regras –, dotadas de coercibilidade, que disciplinam a vida social”; e complementa: “Conquanto uno, o direito se bifurca em dois grandes ramos, submetidos a técnicas jurídicas distintas: o Direito Público e o Direito Privado”.³¹

Ainda para Bandeira de Mello, enquanto o direito privado trata das relações entre particulares e se ocupa dos interesses privados, de outro modo, o direito público objetiva os interesses da Sociedade como um todo, os quais são denominados interesses públicos, “cujo atendimento não é um problema pessoal de quem esteja a curar, mas um dever jurídico inescusável”. Neste desiderato, conclui que “não há espaço para a autonomia da vontade, que é substituída pela ideia de função, de dever de atendimento do interesse público”.³² Assim,

²⁹ De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, a Lei nº 13.655 de 2018 consagrou a consensualidade no direito pátrio. De modo que os autores consideram: “Para além de o chamado princípio da supremacia do interesse público (na qualidade de um valor metodológico) não ter previsão normativa, nem acolhimento pela maior parte da doutrina, tal adágio seria antípoda à própria legislação vigente, que autoriza a celebração de pactos negociais envolvendo o poder público”. FREITAS, Rafael Vêras de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos. *Consultor Jurídico*, 11 mai. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2zORpIn>. Acesso em 13 nov. 2018.

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 24.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 27.

³² MELLO, 2015, p. 27.

para o jurista, as normas do direito devem ser interpretadas de acordo com os princípios que as regem, inclusive quando há um conflito a ser solucionado.

Em relação ao regime jurídico-administrativo, Bandeira de Mello sustenta que o fato de haver disciplina jurídica autônoma, estruturada em observância aos princípios e regras que identificam, faz com que ocorra a diferenciação entre os ramos do direito. Ao tratar de Direito Administrativo, dever-se-ia admitir como pressuposto a existência de “princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime”.³³

Neste giro, perfazem princípios basilares do Direito Administrativo: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração Pública, dos interesses públicos.³⁴

A partir das concepções teóricas anteriores, depreende-se que o objetivo da Administração Pública é alcançar o bem-estar geral objetivado em interesses coletivos. Contudo, a noção entabulada no Estado Liberal – com a divisão entre direito público e direito privado e a maior estruturação do privado através da codificação do Direito Civil – foi substituída pela concepção do Estado Social – cujo lema era intervir para compensar os desníveis sociais, com desconfiança em relação ao espaço privado, agigantando o Estado. Com a crise do modelo de Estado Social, foi possível construir o Estado Democrático de Direito que se atém à ideia de cidadania, com a participação ativa do cidadão.

Neste sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho entende que: “Se no paradigma do Estado Liberal e do Estado Social, as esferas do público e do privado eram tratadas como opostas, no Estado Democrático de Direito passam a ser encaradas como complementares, equiprimordiais”.³⁵ Este fenômeno de complementariedade das noções de direito público e privado não pode ser analisado desconsiderando a importância da constitucionalização na leitura dos ramos do direito – oportunidade em que as disposições constitucionais ganham especial relevância a ponto de servir de diretrizes para a compreensão do direito infraconstitucional.

Noutro giro, em relação à postura mais ou menos intervencionista do Estado na economia, há quem sustente que é necessário o Estado ceder espaço para a iniciativa privada para que alcance a efetividade do princípio da eficiência e há quem defenda que o caminho

³³ MELLO, 2015, p. 53.

³⁴ MELLO, 2015, pp. 55-56.

³⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito administrativo, a arbitragem e a mediação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Licitação e contratos administrativos*. Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo. V. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 1.317-1.319.

não é a privatização e sim o fortalecimento do poder intervencionista estatal a fim de remediar as mazelas sociais.³⁶

A partir das lições de Carlos Alberto da Motta Pinto³⁷, Bacellar Filho assevera que o direito, independentemente da separação teórica que se estabelece entre o direito público e o privado, visa tutelar, simultaneamente, interesses públicos e particulares. Ainda que se utilize o critério da predominância – no direito público seria predominante a proteção dos interesses coletivos e no direito privado, dos interesses particulares –, exsurge a problemática de que: “(a) não seria possível, em muitos casos, identificar o interesse predominante, se público ou privado e (b) há normas que, embora destinadas à tutela de interesses públicos, são classificadas como de Direito Privado por força da tradição.”³⁸

Tendo como premissas: (a) a supremacia do interesse público e (b) a indisponibilidade do interesse público pela Administração, conforme sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello³⁹, é possível ir além e compreender que o interesse público perfaz interesse transpessoal que se diferencia dos interesses pessoais⁴⁰. Neste sentido, Bacellar Filho pondera a confusão que pode haver entre o interesse pessoal do agente público e o interesse da Administração Pública, podendo haver conflito na prática. É a concepção de que no Estado está indiscutivelmente inscrito o individual – ainda que se tenha o objetivo de resguardar o interesse da coletividade.⁴¹

Ainda, Bacellar Filho conclui que o interesse público pode ser compreendido sob duas perspectivas: a) substancialista – com o interesse perseguido pela função administrativa, pois pertence à coletividade; b) procedimentalista – com o agir administrativo público e transparente.⁴²

Como razões para a ruptura da noção de impermeabilidade entre o direito público e o direito privado, Bacellar Filho aponta: a) a constitucionalização do Direito Civil – que se coloca como expoente do direito privado – e do Direito Administrativo – como expoente do direito público; c) a formação de microssistemas normativos que leva à tendência de

³⁶ BACELLAR FILHO. In: DI PIETRO; SUNDFELD, 2012. pp. 1.320-1.321. O autor indica como autores adeptos à diminuição do poder intervencionista estatal: Araújo Pinto, Adilson Abreu Dallari. No sentido oposto, aponta-se o entendimento de Lênio Luiz Streck.

³⁷ PINTO, Carlos Alberto da Motta. *Teoria geral do direito civil*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 1992. pp. 24-26.

³⁸ BACELLAR FILHO, 2012, p. 1.323.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 28-56.

⁴⁰ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 119.

⁴¹ BACELLAR FILHO. In: DI PIETRO; SUNDFELD, 2012. pp. 1.328-1.329.

⁴² BACELLAR FILHO. In: DI PIETRO; SUNDFELD, 2012. p. 1.329.

descodificação do direito; d) a publicização do direito privado com o dirigismo contratual⁴³; e) a constituição de pessoa jurídica de direito privado vinculada à Administração Pública indireta; f) a outorga de prestação de atividades administrativas a particulares (formas privadas para alcance de fins públicos).⁴⁴ Complementa-se que: “Ao lado da assunção de formas jurídico-privadas pela Administração Pública, há uma tendência de alargamento do desenvolvimento da função administrativa pelos particulares”⁴⁵.

Em relação à definição dos limites que separam as relações de direito público e de direito privado, Gabriel Perlingeiro aborda a teoria subjetiva, que “se baseia na qualificação das partes que integram a relação”, de modo que se considera “como de direito público qualquer vínculo de que o Estado faça parte”, sendo que seria residual a caracterização do direito privado. Ainda, destaca a teoria objetiva que “se ocupa dos interesses perseguidos pelas normas que respaldam o caso concreto”, de modo que as “normas de direito público serviriam aos interesses públicos” e “as normas de direito privado serviriam aos interesses individuais” - o problema surge quando há dificuldade na distinção entre interesses públicos e privados para justificar a aplicação de uma norma ou de outra. Por fim, o autor aborda a teoria da subordinação, a qual “alude à natureza do vínculo que une as partes”, sendo que “o direito público se caracterizaria por uma relação de subordinação” e o direito privado, “por uma relação de igualdade”. Contudo, remanesce críticas pois há relações de subordinação e de igualdade independentemente do ramo do direito.⁴⁶

Neste sentido, Gabriel Perlingeiro entende pela plausibilidade da aplicação da teoria de Harmut Maurer⁴⁷ que busca identificar qual é a natureza do vínculo de acordo com a norma aplicada ao caso, “sendo certo que pertencem ao direito público aquelas normas que só podem ser atribuídas ao Estado ou a outro sujeito revestido de autoridade”. Ao direito privado,

⁴³ Em breve síntese, segundo Márcio Rodrigues Oliveira, por dirigismo contratual entende-se: “O dirigismo contratual advém da necessidade de se controlar o individualismo contratual”, sendo princípio que limita a autonomia da vontade dos contratantes, através da “intervenção do Estado” nas relações privados, seja pela aplicação da teoria do *pacta sunt servanda* ou da função social dos contratos. OLIVEIRA, Márcio Rodrigues de. Dirigismo contratual e o princípio da dignidade da pessoa humana e função social do contrato. *Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 05, nº 02, jul./dez. 2014. pp. 82-83.

⁴⁴ BACELLAR FILHO. In: DI PIETRO; SUNDFELD, 2012. p. 1.331.

⁴⁵ BACELLAR FILHO. In: DI PIETRO; SUNDFELD, 2012. p. 1.332. O autor ressalva: “A Administração Pública exerce função administrativa, uma função onde o poder e o interesse público encontram-se jungidos pelo manto de uma relação de necessidade causal. O Estado não pode se comportar como um particular: o Estado (a Administração Pública) não é um particular, é sustentado pela coletividade, ainda que o Direito Positivo possa admitir, em casos excepcionais, o exercício de atividades próprias dos particulares. Permitir a equiparação do Estado aos particulares implica aceitar que aquele possa perseguir interesses públicos secundários desvinculados dos interesses públicos primários.”.

⁴⁶ PERLINGEIRO, Gabriel. As possibilidades de solução consensual de conflitos judiciais com a Administração Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, nº 03, set./dez. 2017. pp. 129-130.

⁴⁷ Perlingeiro adota como marco teórico a obra “Derecho administrativo alemán”, 2012, de autoria de Hamut Maurer.

seriam aplicáveis as normas “que têm por destinatário qualquer sujeito”. Tomando em conta que o problema seria essencialmente de atribuição da norma que deve reger o caso concreto, para o autor, não há impedimento para a aplicação de normas de direito privado no âmbito da Administração Pública; haja vista, inclusive, a possibilidade de prestação de serviços públicos sob a forma do direito privado.⁴⁸

Importa frisar que Perlingeiro, a partir da teoria de Maurer, utiliza o conceito de direito privado administrativo, que seria “um direito privado impregnado por um conjunto de normas de direito público”. E complementa: “conclui Maurer que, embora a Administração tenha à sua disposição as formas jurídico-privadas, não possui nem a liberdade nem todas as possibilidades que a autonomia da vontade oferece”.⁴⁹ Neste sentido, pondera-se que a atuação da Administração Pública, em que pese a compreensão pela inter-relação entre os ramos do direito, permanece limitada pelo arcabouço principiológico e de regras inerentes ao âmbito do direito público.

Ademais, não se pode olvidar o momento de transformações em relação à gestão estatal. Como pondera Bruno Grego dos Santos, em sua tese de doutorado sobre “Transação extrajudicial na Administração Pública”, o cenário é “marcado pelas transições entre ato e processo, hierarquia e nivelamento, estrutura e função, autoritarismo e consensualidade”⁵⁰, concluindo que: “A Administração Pública não pode, enfim, repousar passiva enquanto as consequências de seu posicionamento desnecessariamente combativo, de oposição quase maniqueísta entre público e privado, acabam por minar as bases democráticas de sua própria existência”. E completa: “No cenário atual da Administração Pública, o papel do direito, da democracia e do conhecimento como elementos de legitimidade frequentemente se confundem, apesar de nem sempre serem os mesmos conciliáveis”. Cabendo ao direito construir soluções que aprimorem as instituições jurídicas, as técnicas e também as práticas de gestão pública.⁵¹

Em que pese as divergências doutrinárias, é possível concluir pela possibilidade em se admitir que a dicotomia entre direito público e direito privado é útil para além dos fins didáticos, considerando que a principiologia atinente a cada ramo do direito é importante para imprimir-lhes racionalidade própria. Contudo, esta metodologia deve considerar a influência de normas de direito privado no âmbito do direito público, o que permite, inclusive, a regulação das relações entre particulares e a Administração Pública em contratos de

⁴⁸ PERLINGEIRO, 2017, p. 130.

⁴⁹ PERLINGEIRO, 2017, pp. 130-131.

⁵⁰ SANTOS, Bruno Grego dos. *Transação extrajudicial na Administração Pública*. Tese (doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 13.

⁵¹ SANTOS, 2015, pp. 23-24.

infraestrutura e a eleição de mecanismos privados de solução de disputas em contratos administrativos.

Em virtude da insuficiência da teoria clássica, Santos pondera que a atuação da Administração Pública na realização desse novo interesse público, em busca da realização do direito fundamental à boa administração pública, demanda instrumental que não se esgota com as figuras tradicionais do Direito Administrativo; surgindo, pois, a necessidade de “recurso às formas tipicamente privadas, especialmente em matéria contratual, que abrem caminho para um relacionamento mais próximo entre entes públicos e particulares”.⁵²

Para Santos, não se sustenta a oposição entre direito público e privado, notadamente como um antiquado posicionamento, considerando a tendência da busca pelo cooperativismo para a realização de interesses públicos legitimamente definidos, perfazendo o “Estado relacional”. Isto considerando a necessidade de incremento à consensualidade da Administração Pública em disputas com particulares que são aptas a serem dirimidas e prevenidas no âmbito extrajudicial.⁵³

2.2 POSSIBILIDADE DE ELEIÇÃO DE MÉTODOS PRIVADOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Após a análise da lógica binária de compreensão do direito público e do direito privado, é necessário o aprofundamento na noção de interesse público, tendo em vista a concepção de indisponibilidade e supremacia dentro da principiologia que rege o direito público.

Sobre o cerne do tema, Bandeira de Mello sustenta que o interesse público é “o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)”. Ademais, o interesse público seria o interesse pessoal de pessoas ou grupos que compõe a sociedade e que, compreendidos dentro de uma coletividade maior, torna-se interesse do todo.⁵⁴

A partir do princípio da supremacia do interesse público, desdobram-se outros princípios subordinados, como: a) a posição privilegiada que o órgão encarregado por zelar pelo interesse público e exprimi-lo auferir nas relações com particulares; b) a posição de supremacia do órgão nas relações com particulares – representativa da verticalidade da

⁵² SANTOS, 2015, pp. 333-334.

⁵³ SANTOS, 2015, p. 334.

⁵⁴ MELLO, 2015, pp. 60-61.

relação entre a Administração Pública e os particulares; c) as restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública. Bandeira de Mello aduz que estes princípios subordinados “de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos”.⁵⁵

Para Perlingeiro, contudo, em havendo observância aos direitos fundamentais e princípios gerais da atuação administrativa, é possível a outras formas de composição de controvérsias pela Administração Pública quando há em pauta interesses públicos secundários. Inclusive, o autor sustenta que “a exigência de prévia autorização legislativa engessaria a Administração e, sobretudo, desnaturaria por completo as relações de direito privado, cuja característica principal reside no autorregramento das partes” - tomando em conta que, em relações jurídicas de direito privado, a Administração Pública atua como se particular fosse.⁵⁶

Diversamente, Bandeira de Mello compreende que as prerrogativas concernentes à supremacia do interesse público sobre o privado “só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais”.⁵⁷

Sobre a indisponibilidade dos interesses públicos⁵⁸ pela Administração Pública, Bandeira de Mello assevera que “a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis”.⁵⁹

Ademais, a indisponibilidade do interesse público se atém à sua espécie, a qual pode ser de interesse público primário – irrenunciável – ou secundário – passível de disposição por possuir natureza patrimonial.⁶⁰ Para Rafael Soares de Souza não há que se falar em indisponibilidade absoluta e sim em “um regime especial de contratação, pagamentos e controle, tanto que a Administração pode indiscutivelmente celebrar contratos típicos e até mesmo atípicos, regidos pelo direito privado”.⁶¹

⁵⁵ MELLO, 2015, pp. 70-72.

⁵⁶ PERLINGEIRO, 2017, p. 135.

⁵⁷ MELLO, 2015, p. 73.

⁵⁸ Celso Bandeira de Mello ressalva que a Administração é titular de interesses públicos, pois é o Estado que os titulariza. O Estado é incumbido de protegê-los e exercitá-los através da função administrativa desempenhada por seus órgãos. MELLO, 2015, p. 77.

⁵⁹ MELLO, 2015, p. 76.

⁶⁰ PERLINGEIRO, 2017, p. 133.

⁶¹ SOUZA, Rafael Soares. Arbitragem e Administração Pública: comentários ao Projeto de Lei 406/2013. *Revista dos Tribunais Nordeste*, v. 03, São Paulo, jan./fev. 2014. p. 107.

Segundo Bruno Grego dos Santos, é preciso que haja uma nova perspectiva sobre o interesse público em consonância com as transformações paradigmáticas que impactam na atuação da Administração Pública. Assim, “a nova visão acerca do interesse público implica no reconhecimento de que a Administração Pública não repousa sozinha na posição de protagonista e artífice da definição unilateral do interesse público a ser promovido por si”, e complementa: “mesmo porque o estado atual da sociedade implica na multiplicidade de interesses aos quais pode ser apostado tal rótulo e aplicada a proteção dele consequente.”. O foco do autor recai na importância do interesse público enquanto propulsor da boa administração pública.⁶²

Em explanações sobre a Lei nº 8.987 de 1995, a qual dispõe sobre o regime de permissão e concessão de serviços públicos, Bandeira de Mello rechaça e entende inconstitucional a inclusão do art. 23-A⁶³ que autoriza a incorporação de meios alternativos ao Judiciário para solução de disputas nos contratos de concessão ou permissão. Isto porque, segundo o jurista, é inadmissível “que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesses indisponíveis, como o são os relativos ao serviço público, para que particulares decidam sobre matéria que se constitui em *res extra commercium* e que passa, então, muito ao largo da força decisória deles”.⁶⁴

Ao discorrer sobre os princípios do Direito Administrativo, Odete Medauar contrapõe-se à doutrina de Bandeira de Mello enfatizando que o princípio da indisponibilidade do interesse público não deve ser utilizado como argumento para rechaçar práticas consensuais pela Administração Pública. Assim, “não se mostra adequado invocar tal princípio como impedimento à realização de acordos, à utilização de práticas consensuais e da arbitragem pela Administração”. E complementa que “o interesse público realiza-se plenamente, sem ter sido deixado de lado, na rápida solução de controvérsias, na conciliação de interesses, na adesão de particulares às suas diretrizes, sem os ônus e a lentidão da via jurisdicional”.⁶⁵

Contudo, Bandeira de Mello é contundente ao afirmar a incapacidade do particular para decidir sobre contratos públicos: “é da mais solar evidência que particulares jamais teriam qualificação jurídica para solver questões relativas a interesses públicos, quais as que se põem em um ‘contrato’ de concessão de serviço público”. E complementa: “chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado

⁶² SANTOS, 2015, p. 333.

⁶³ Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

⁶⁴ MELLO, 2015, p. 740.

⁶⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 129.

possa se sobrepor à inteligência proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência”.⁶⁶

Medauar destaca a importância da eleição de mecanismos privados de solução de disputas em contratos de concessão e permissão⁶⁷, de acordo com o art. 23-A da Lei nº 8.987 de 1995⁶⁸ e no instrumento convocatório dos contratos de Parceria Público-Privada⁶⁹, este com fundamento no art. 11, III da Lei nº 11.079 de 2004.

Adiante, sobre mecanismos alternativos ao Judiciário para a resolução de disputas, Bandeira de Mello sustenta pela inconstitucionalidade. Sendo uma aberração haver particulares resolvendo questões concernentes aos serviços públicos, em razão de serem bens indisponíveis em apreço, Assim, “envolve interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo; e, bem por isto, quando suscitar algum quadro conflitivo entre as partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário”. E completa que “permitir que simples árbitros [no caso da arbitragem] disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, dessarte, com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve”.⁷⁰

Ao tratar sobre as licitações, Odete Medauar menciona a possibilidade de utilização de mecanismos privados de resolução de disputas em contratos administrativos celebrados pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), conforme preceitua o art. 44-A da Lei nº 12.462 de 2011.⁷¹

⁶⁶ MELLO, 2015, p. 740.

⁶⁷ Conforme o art. 2º da Lei nº 8.987 de 1995, considera-se: a) concessão de serviço público: “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente [União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão], mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por conta e risco e por prazo determinado”; b) concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: “a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”; c) permissão de serviço público: “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, deita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco” (art. 2º, I a IV).

⁶⁸ MEDAUAR, 2018. p. 325.

⁶⁹ Segundo Medauar, “Na PPP, serviços e atividades que incumbem ao Poder Público, demandando elevado nível de investimento, são realizados por particulares, havendo repartição de encargos financeiros e riscos entre parceiro público e parceiro privado, mediante compromissos recíprocos por longo prazo.”. No art. 2º da Lei nº 11.079 de 2004, há previsão de que “Parceria Público-Privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”, sendo que a concessão patrocinada é “a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. Ademais, por concessão administrativa se considera “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (art. 2º, §§1º e 2º). MEDAUAR, 2018. p. 415.

⁷⁰ MELLO, 2015, p. 812.

⁷¹ MEDAUAR, 2018. p. 210.

Em breve síntese, de acordo com a Lei nº 12.462 de 2011, o RDC é aplicável às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013, da Copa do Mundo FIFA 2014, das obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 quilômetros das cidades sedes dos mundiais, das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, das ações no âmbito da segurança pública, das obras e serviços de engenharia relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística, dos contratos referidos no art. 47-A do diploma e das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação (art. 1º, I a X).

Conclui-se que há assento legislativo no sentido de admitir a possibilidade do uso de métodos alternativos ao Judiciário, e adequados ao conflitos, para a resolução de disputas envolvendo a Administração Pública. Ademais, não se pode olvidar a existência de métodos que auferem respeitabilidade técnica, *expertises* diferenciadas e procedimentos que propiciam a consecução dos princípios administrativos de direito público.

Sobre a possibilidade de transação extrajudicial pela Administração Pública, de acordo com as conclusões de Bruno Grego dos Santos, houve um momento de incremento do protagonismo da ordem constitucional e dos princípios como mecanismo de baliza para a atuação na gestão pública. De modo que são valorizados: a transparência, o protagonismo social e a razoabilidade, levando ao “movimento que gradualmente abandona posicionamentos adotados por ato unilateral em favor de soluções construídas dialogicamente com os interessados”.⁷²

Em que pese a resistência da doutrina clássica de direito público, há autores, como Odete Medauar, que sustentam a necessidade de alteração do paradigma dicotômico de direito público e direito privado para afirmar a necessidade de impulsionamento da racionalidade da consensualidade no âmbito da Administração Pública.

Afinal, o apego ao tradicionalismo defendido pelas teorias clássicas – que acabam por desconsiderar as necessidades práticas e a ampla interação entre a iniciativa privada e a Administração Pública para construções – mostra-se insuficiente para solucionar contendas que se avolumam no Judiciário e oneram o Estado, fazendo com que tanto a coletividade

⁷² SANTOS, 2015, p. 333.

como os próprios contratantes sofram ônus absolutamente evitáveis em tempos de valorização da estruturação dialógica das soluções.

3 MÉTODOS DE SOLUÇÃO APLICÁVEIS ÀS PRINCIPAIS DISPUTAS DECORRENTES DE CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

Tendo em vista o panorama doutrinário e legislativo sobre a adoção de mecanismos privados de solução de disputas pelo Poder Público, com a conclusão pela possibilidade, cinge a necessidade de aprofundamento em relação às razões que levam ao desenvolvimento dos principais conflitos que surgem no âmbito dos contratos de infraestrutura.

Inicialmente, em razão da apurada técnica empreendida na elaboração do estudo, toma-se por base a pesquisa de Fernanda Meirelles Ferreira e de Tales Rozenfeld sobre as “Contribuições para a governança da infraestrutura no Brasil: projeto básico e mediação de conflitos”⁷³. A partir daí, extrai-se que os principais litígios envolvendo contratos de construção são pontuais e recorrentes, o que propicia a reflexão acerca do melhor método para soluções adequadas e compatíveis às necessidades da Administração Pública, dos particulares contratantes e da sociedade que extrapola o escopo da relação contratual.

3.1 FALHAS NO PROJETO BÁSICO QUE PROPICIAM O SURGIMENTO DE DISPUTAS NOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

Insta consignar que o incentivo ao crescimento do setor de infraestrutura no Brasil propicia tanto o desenvolvimento econômico, com a redução de desigualdades sociais, como a estruturação da rede de modais de transporte que interferem no escoamento da produtividade.⁷⁴

Conforme delineado na introdução, o Brasil investe menos do que o desejável no setor e, ainda pior, parte dos recursos destinados à infraestrutura acaba perecendo em razão de problemas – que poderiam ser evitados – na elaboração dos contratos públicos.⁷⁵

⁷³ FERREIRA, Fernanda Meirelles; ROZENFELD, Tales. *Contribuições para a governança da infraestrutura no Brasil: projeto básico e mediação de conflitos*. São Paulo: Centro de Pesquisas em Estratégia do Insper, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2vC0WBk>. Acesso em 05 ago 2018.

⁷⁴ FERREIRA; ROZENFELD, 2015. p. 08. Disponível em: <https://bit.ly/2vC0WBk>. Acesso em 05 ago 2018.

⁷⁵ De acordo com o relatório de acompanhamento fiscal de outubro de 2017, elaborado pela Instituição Fiscal Independente sobre o gasto público em infraestrutura, depreende-se que “os gastos com infraestrutura correspondem a cerca de 4% do gasto público federal (...), percentual relativamente estável nos últimos dez anos. Em 2007 (...), as despesas representavam 3,6% do total. A área de infraestrutura concentra boa parte dos investimentos da União realizados diretamente com recursos dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social. Em especial, a área agrega maior parcela dos projetos no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Ainda assim, nos últimos anos tem se mantido pouco relevante em termos orçamentários. Em 2016, as despesas federais com infraestrutura somaram R\$49,3 bilhões, ou 0,88% do PIB. Entre 2007 e 2016, a média foi de 0,9% do PIB e o maior nível foi alcançado em 2014, pouco mais de 1% do PIB (...).”. Ademais, “embora a participação do gasto com infraestrutura no total do orçamento federal não tenha variado de forma significativa nos últimos dez anos, observa-se, em termos absolutos, um crescimento real de 55% nas despesas (...). Esse aumento é percebido em todas as áreas de infraestrutura, especialmente em Habitação (+328%), por sua vez

Convém pontuar duas falhas frequentes que impactam significativamente o regular andamento do contrato de infraestrutura: a) falhas na etapa da elaboração do projeto básico; b) falhas em relação à escolha do método de resolução de litígios.⁷⁶ Estas duas perspectivas apontam, desde já, que os conflitos que surgem nas etapas subsequentes de execução e operação do projeto básico podem ser previamente evitados, inclusive valendo-se da estruturação metodológica da atuação preventiva de conflitos.

Para tanto, a Administração Pública deve prezar para que haja objetividade e clareza nas disposições do contrato e do projeto básico, além de investir em pessoas capacitadas para acompanhar o andamento das obras, a fim de evitar dificuldades futuras de compreensão das especificidades contratuais e de prejuízos em relação à avaliação qualitativa da obra – o que leva ao desperdício financeiro e à baixa qualidade técnica do empreendimento.⁷⁷

A ausência de acompanhamento adequado na execução do projeto básico, através da atividade de fiscalização pelos gestores públicos, ocasiona dificuldades como, por exemplo, a percepção, quando o empreendimento já está construído, de que não foram atendidas as especificações técnicas previstas no contrato.⁷⁸ Neste sentido, o que se vê, em termos práticos, é a baixa capacidade de gestão de projetos pela Administração Pública.⁷⁹ Isto interfere, inclusive, em gastos acima do planejado e em atrasos no cronograma de obras, desvirtuando-se da finalidade principiológica da eficiência pública.⁸⁰

Assim sendo, ressalta-se a importância do adequado trabalho do fiscal de obra⁸¹, vinculado ao Poder Público, que tem por incumbência a aferição da qualidade na execução do

muito impactado pelo advento do MCMV (programa Minha Casa Minha Vida) em 2009.”. INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE. *Por dentro do gasto público: infraestrutura*. Disponível em: <https://bit.ly/2pSvtr9>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁷⁶ FERREIRA; ROZENFELD, 2015. Sumário executivo. Disponível em: <https://bit.ly/2vC0WBk>. Acesso em 05 ago 2018.

⁷⁷ FERREIRA; ROZENFELD, 2015. Sumário executivo. Disponível em: <https://bit.ly/2vC0WBk>. Acesso em 05 ago 2018.

⁷⁸ MORO, Rosi Fabiane Hoffmann. *Principais problemas na gestão de contratos de obras públicas*. Disponível em: <https://bit.ly/2NFwDzR>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁷⁹ Conforme ressalta Rosi Fabiane Hoffmann Moro, em suas considerações sobre os “Principais problemas na gestão de contratos de obras públicas”, a falta de clareza é apontada como um dos erros cometidos pelos órgãos que controlam, acompanham e fiscalizam as execuções de contratos públicos. Neste sentido, “é necessário que o objeto da contratação seja claro e que haja uma comunicação eficaz sobre a solicitação da obra e a necessidade a ser atendida aos serviços responsáveis pelo projeto, orçamentação e licitação da obra”. MORO, Rosi Fabiane Hoffmann. *Principais problemas na gestão de contratos de obras públicas*. Disponível em: <https://bit.ly/2NFwDzR>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁸⁰ FERREIRA; ROZENFELD, 2015. p. 08. Disponível em: <https://bit.ly/2vC0WBk>. Acesso em 05 ago 2018.

⁸¹ De acordo com o estudo elaborado pelo E-Gestão: A fiscalização é “definida na Resolução nº 1.010 do CONFEA, ela é a atividade que envolve a inspeção e o controle técnico e tem a finalidade de verificar se a execução da obra ou serviço obedece às especificações e aos prazos estabelecidos”. Ademais, “é esta verificação *in loco* que vai garantir o cumprimento dos prazos e tudo que foi estabelecido no contrato com o prestador de serviço, como a aplicação dos materiais e equipamentos na quantidade e qualidade previstas”. E-GESTÃO. *Como fazer uma gestão de obras públicas mais eficiente*. Disponível em: <https://bit.ly/2AaonnP>. Acesso em: 14 out. 2018. p. 09.

projeto, se há cumprimento do particular em relação aos termos do contrato e, em caso negativo, as irregularidades devem ser anotadas no diário de obras e as providências tomadas pelo órgão responsável.⁸²

Ainda na etapa de planejamento estratégico, momento de elaboração das diretrizes e do escopo do projeto básico, sugere-se elencar os potenciais problemas que surgirão na etapa de execução e de qual modo serão solucionados. Em valorização à inovação, aponta-se as plataformas digitais como meio de facilitar e realizar o controle do projeto com eficiência, minimizando as falhas, otimizando os processos e propiciando a visão global aos gestores públicos.⁸³

Valer-se da tecnologia auxilia na composição de custos, atualização dos dados financeiros conforme o andamento das etapas, facilitação da guarda de documentos importantes e permissão de pagamentos conforme as medições. Ainda, mostra-se boa estratégia a utilização de filmagens e fotografias para que sejam arquivadas e se mantenha o registro da construção. Em suma, o banco de dados digital reúne as informações e documentos do projeto aumentando a segurança no armazenamento e facilitando o acesso aos dados.⁸⁴

Neste sentido, observa-se a importância da criação de canais virtuais de comunicação, da estruturação do projeto em etapas claras e da definição de métodos de resolução de conflitos ainda no planejamento do projeto.⁸⁵ Ademais, com fundamento no art. 3º da Lei nº 12.527 de 2011 – Lei de Acesso à Informação⁸⁶, “ampliar visibilidade dos gastos e recursos empenhados pelo governo, com atualização e qualidade de informação, é uma forma de facilitar o acompanhamento dos cidadãos quanto aos serviços prestados”, além do que, quando esses dados são divulgados por meio de relatórios e tabelas de fácil compreensão, há aproximação dos órgãos públicos à população.⁸⁷

Na Era Digital, é de se considerar a necessidade de inclusão de dados técnicos – contratos, estudos de impacto ambiental e social, análise de viabilidade orçamentária,

⁸² MORO, Rosi Fabiane Hoffmann. *Principais problemas na gestão de contratos de obras públicas*. Disponível em: <https://bit.ly/2NFwDzR>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁸³ E-GESTÃO. *Como fazer uma gestão de obras públicas mais eficiente*. Disponível em: <https://bit.ly/2AaonnP>. Acesso em: 14 out. 2018. p. 04.

⁸⁴ E-GESTÃO. *Como fazer uma gestão de obras públicas mais eficiente*. Disponível em: <https://bit.ly/2AaonnP>. Acesso em: 14 out. 2018. p. 08.

⁸⁵ FERREIRA; ROZENFELD, 2015. p. 08. Disponível em: <https://bit.ly/2vC0WBk>. Acesso em 05 ago 2018.

⁸⁶ A Lei nº 12.527 de 2011 estabelece, em seu art. 3º, III, que: “Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: III – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações”.

⁸⁷ E-GESTÃO. *Como fazer uma gestão de obras públicas mais eficiente*. Disponível em: <https://bit.ly/2AaonnP>. Acesso em: 14 out. 2018. p. 11.

cronograma de obras, entradas e saídas de recursos para a compra de insumos – no meio virtual, possibilitando a efetivação dos princípios da publicidade e da transparência dos projetos em andamento ou já executados.⁸⁸

Assim, são meios de inserção de dados de projetos básicos no meio virtual: a) apresentar as obras em mapas através de ícones representativos, de modo que o usuário/cidadão possa acessar os dados dos contratos, fotos e vídeos do andamento do projeto básico; b) disponibilizar *QR Code* – espécie de código de barras – em placas de obras para que o cidadão, através do leitor instalado em seu *smartphone*, possa acessar os dados do projeto básico; c) divulgar os dados do projeto básico em opção para consulta no portal da transparência do ente federativo.⁸⁹

Ademais, é importante integrar a parcela da sociedade que será afetada com o projeto para buscar o consenso em relação aos conflitos ligados às questões patrimoniais e fundiárias, estabelecer metodologia para o cálculo de compensações sociais e ambientais, de acordo com o impacto advindo da execução do projeto, e valer-se das audiências públicas como meio de estabelecer o diálogo frutífero entre a sociedade, o governo e as empresas afetadas a fim de estruturar soluções concretas e exequíveis.⁹⁰

Como forma de tornar a gestão de contratos públicos mais eficiente, Rosi Moro propõe que os órgãos implementem equipe específica para tratar da gestão de contratos – vale ressaltar que o incentivo à capacitação dos gestores públicos contribui para o adequado desempenho das atividades relativas ao acompanhamento e à fiscalização dos projetos básicos em andamento. Ademais, salienta-se a importância da publicização das informações do projeto e àquelas relativas à própria gestão pública, em prol da transparência.⁹¹

Convém informar que no projeto básico é feita a descrição do empreendimento com as especificações técnicas e os objetivos – sendo os requisitos básicos definidos pela Administração Pública –, bem como é aferida a viabilidade técnica e financeira da obra. Em se tratando de um projeto inicial, a imprecisão pode e vai existir – outros dados deverão ser considerados durante a fase de planejamento e também durante a execução. De modo que a comunicação entre o Poder Público e o particular deva ser facilitada sempre que houver

⁸⁸ E-GESTÃO. *Como fazer uma gestão de obras públicas mais eficiente*. Disponível em: <https://bit.ly/2AaonnP>. Acesso em: 14 out. 2018. p. 11.

⁸⁹ E-GESTÃO. *Como fazer uma gestão de obras públicas mais eficiente*. Disponível em: <https://bit.ly/2AaonnP>. Acesso em: 14 out. 2018. p. 11.

⁹⁰ FERREIRA; ROZENFELD, 2015. p. 08. Disponível em: <https://bit.ly/2vC0WBk>. Acesso em 05 ago 2018.

⁹¹ MORO, Rosi Fabiane Hoffmann. *Principais problemas na gestão de contratos de obras públicas*. Disponível em: <https://bit.ly/2NFwDzR>. Acesso em: 14 out. 2018.

alguma divergência ou quando surgir alguma variável que não foi considerada durante a fase de elaboração do projeto básico.⁹²

Em análise sobre a realidade brasileira, “muitos projetos incompletos ou inadequados são geridos neste cenário de conflito entre o tempo necessário à maturação do projeto e a urgência imposta pelo ciclo político-eleitoral”.⁹³ Neste sentido, Ferreira e Rozenfeld complementam que há ausência de institucionalidade dos instrumentos de planejamento, sendo que na segunda etapa do projeto: “Não há nenhum ato legislativo ou administrativo que lhes dê suporte ou poder vinculante, seja ao seu processo de elaboração (com uma previsão, por exemplo, das etapas, prazos, participantes, consultas e audiências), seja ao próprio documento final”.⁹⁴

Neste sentido, tanto a falta de institucionalidade dos documentos de planejamento como a ausência de debate com atores alheios às partes contratantes são pontos que merecem atenção. Isto porque na fase de planejamento é possível estabelecer diálogo com os atores afetados, através de debates extra-setoriais, a fim de definir, com clareza e objetividade, decisões que vão evitar conflitos ligados a questões que estão para além da técnica a ser empregada na construção. Estas disputas, muitas vezes, surgem marcadas por forte conteúdo político (como a manifestação social). Logo, as ações de estabelecer diálogo e tomar decisões nas etapas iniciais possibilitam diminutos entraves nas etapas subsequentes do projeto básico – não menos importante é a necessidade de sempre que possível prevenir e reduzir custos com soluções céleres de disputas.⁹⁵

3.2 BOAS PRÁTICAS DE GESTÃO PÚBLICA E MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

Comparando a realidade brasileira com a de outros países e compreendendo a diversidade dos sistemas de contratação pública⁹⁶, a fim de assimilar ideias de boas práticas de gestão pública que passem pelo filtro da realidade e também possam ser utilizadas no Brasil, observa-se que no Reino Unido o setor de construção de grandes obras visa à cooperação entre os gestores públicos e o particular e à transparência do processo decisório.

⁹² FERREIRA; ROZENFELD, 2015. pp. 18-20. Disponível em: <https://bit.ly/2vC0WBk>. Acesso em 05 ago 2018.

⁹³ FERREIRA; ROZENFELD, 2015. p. 23. Disponível em: <https://bit.ly/2vC0WBk>. Acesso em 05 ago 2018.

⁹⁴ FERREIRA; ROZENFELD, 2015. p. 25. Disponível em: <https://bit.ly/2vC0WBk>. Acesso em 05 ago 2018.

⁹⁵ FERREIRA; ROZENFELD, 2015. p. 25. Disponível em: <https://bit.ly/2vC0WBk>. Acesso em 05 ago 2018.

⁹⁶ Segundo Ferreira e Rozenfeld, p. 36, o sistema britânico de contratação pública diverge do sistema brasileiro, pois aquele é marcado pela possibilidade do agente público se valer da subjetividade – discricionariedade – tanto na escolha do modelo do contrato como na seleção dos vencedores do processo de licitação.

Aprimorando os canais de comunicação, o Reino Unido adota o sistema *online* de acesso ao planejamento de todas as obras em execução no país, composto pelos documentos técnicos escritos, os áudios das audiências públicas, as notificações aos interessados e outras informações. Inclusive, se o interessado estiver cadastrado no planejamento de uma determinada obra, ele receberá atualizações sobre o andamento do projeto e também é facultada a possibilidade de apresentação do seu parecer.⁹⁷

Em relação às desapropriações, o problema também é frequente no Reino Unido. Contudo, naquele país o governo indica a utilização de métodos alternativos ao Judiciário para a solução do conflito e empreende esforços criando guias para esclarecer tanto a sociedade afetada como o gestor sobre os direitos e obrigações – o gestor possui o ônus de defender a necessidade da desapropriação apontando que aquela é a única solução e que não há possibilidade de redesenhar a obra sem afetar a propriedade considerada.⁹⁸

Como tentativa de resolver o problema da baixa qualidade técnica de projetos básicos, o Chile investiu na criação de um Ministério de Obras Públicas que se debruça à atividade de planejamento, estudo, projeto, construção, ampliação, conservação e exploração da infraestrutura do país. Qualquer órgão público pode recorrer ao MOP quando sentir necessidade de apoio técnico especializado.⁹⁹

Corroborando no sentido de destacar a importância da boa gestão pública a pesquisa de Maurício Brun Bucker, em sua dissertação sobre “Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil”, apresentada à Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, depreende-se que a maior parte dos litígios ocorrem em procedimentos de gerenciamento do empreendimento, seguida da questão da comunicação.¹⁰⁰

Prezando pelo conhecimento interdisciplinar de Engenharia Civil, Bucker destaca que “a prevenção total do conflito mostra-se impossível, já que o empreendimento de construção civil é, por natureza, uma atividade de riscos distribuídos entre as partes, o que pode influenciar diretamente o surgimento de conflitos e de disputas”.¹⁰¹

⁹⁷ FERREIRA; ROZENFELD, 2015. pp. 32-33. Disponível em: <https://bit.ly/2vC0WBk>. Acesso em 05 ago 2018.

⁹⁸ FERREIRA; ROZENFELD, 2015. p. 35. Disponível em: <https://bit.ly/2vC0WBk>. Acesso em 05 ago 2018.

⁹⁹ FERREIRA; ROZENFELD, 2015. pp. 45-46. Disponível em: <https://bit.ly/2vC0WBk>. Acesso em 05 ago 2018.

¹⁰⁰ BUCKER, Maurício Brun. *Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil*. 2010. Dissertação (mestrado em Engenharia Civil). Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 86.

¹⁰¹ BUCKER, 2010. p. 92.

Adentrando aos métodos de solução de conflitos, vê-se como possibilidades: a) ação judicial; b) arbitragem; c) mediação; d) *Dispute Boards*. Importa frisar que os métodos autocompositivos possuem menor custo de solução, ou seja, são menos onerosos às partes; enquanto os métodos heterocompositivos são mais custosos. A mesma proporção vale quando tomamos em conta o grau de hostilidade – quanto maior o grau de hostilidade, mais se deve optar por métodos em que um terceiro imparcial imponha a decisão.

Em que pese os conflitos na concepção dos projetos básicos e na execução dos contratos de infraestrutura, as ações judiciais não perfazem melhor método em razão: a) da morosidade do Judiciário; b) da falta de domínio técnico de juízes para lidar com processos que tratam de contratos complexos de infraestrutura; c) em virtude do alto custo pericial.¹⁰²

Neste sentido, Bacellar Filho destaca que o juiz, por vezes, em casos de alta complexidade técnica, acaba por ficar “refém” dos pareceres periciais.¹⁰³ De modo que surge o questionamento sobre quem realmente está a exercer o encargo de decidir a questão – se o juiz ou o perito.¹⁰⁴

Em relação à arbitragem, Bacellar Filho entende não haver entraves para que a Administração Pública se valha deste método para dirimir seus conflitos com particulares. A legislação considera a possibilidade de resolução pela arbitragem em licitações e contratações de Parcerias Público-Privadas (art. 11, III da Lei nº 11.079/2004).¹⁰⁵ Ainda, a lei geral de licitações e contratações administrativas estabelece que é possível a aplicação supletiva de princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado aos contratos

¹⁰² Segundo Bernardo Ramos Trindade, Clémenceau Chiabi Saliba Júnior, Flávia Bittar Neves e Pedro Silveira Campos Soares: “num cenário em que a judicialização dos litígios transforma a solução em algo extremamente moroso e oneroso, contribui para a procura por formas extrajudiciais de resolução de disputas”. Oportunidade em que complementam: “devido ao porte dos empreendimentos e à complexidade das atividades de construção, diversas dessas demandas levadas ao judiciário têm durado até 20 anos para serem resolvidas, necessitando de perícias técnicas extremamente detalhadas, e que, não raras vezes, não alcançam o seu objetivo final, deixando como legado obras inacabadas e empresas em situação financeira delicada”. TRINDADE, Bernardo Ramos et al. *Conhecimento e aplicabilidades do Comitê de Resolução de Disputas – CRD em obras de médio e grande porte*. Disponível em: <https://bit.ly/2qnIjkh>. Acesso em 30 out. 2018.

¹⁰³ Sobre esta questão, Wald aponta que: “o contencioso judicial apresenta alto custo, longa duração, falta de especialização por parte do julgador e belicosidade, o que inviabiliza a manutenção de uma boa relação futura entre as partes e a continuidade dos negócios entre elas. Os dispute resolution boards foram criados no contexto da busca por alternativas a essas características”. WALD, Arnoldo. *Dispute Resolution Boards: evolução recente*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30/2011, jul – set/2011; *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 04/2014, set/2014; *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 6/2014, set/2014; *Revista dos Tribunais Online*, Thompson Reuters. p. 02.

¹⁰⁴ BACELLAR FILHO. In: DI PIETRO; SUNDFELD, 2012. p. 1.338.

¹⁰⁵ Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

públicos (art. 54 da Lei nº 8.666/1993)¹⁰⁶. A lei de concessões é clara ao dispôr a possibilidade de “modo amigável de solução das divergências contratuais” (art. 23, XV da Lei nº 8.987/1995)¹⁰⁷. A lei que dispõe sobre arbitragem não excetua a sua aplicação em casos envolvendo a Administração Pública (art. 1º da Lei nº 9.307/1996)¹⁰⁸.

Em relação à restrição feita pela lei de arbitragem aos direitos patrimoniais disponíveis (que não decorrem do interesse público primário), Bacellar Filho leciona: “Quando o interesse em jogo – devidamente fundamentado – não se configurar como interesse público primário é perfeitamente possível acudir à arbitragem e à transação”¹⁰⁹.

Contudo, Bucker alerta para o custo de instalação e manutenção de um comitê de *Dispute Boards*, o qual se revela consideravelmente inferior ao custo de instalação de um tribunal arbitral. Neste sentido, os custos de instalação e manutenção de um Comitê durante todo o tempo do contrato podem oscilar entre 0,05% e 0,3% do valor global do contrato. Ademais, nos cálculos relativos ao custo do litígio não se pode olvidar dos “custos derivados de atrasos e paralisação da obra e de faturamentos que podem ser causados por demora na solução de disputas submetidas à arbitragem ou à jurisdição estatal”.¹¹⁰ Vale a ponderação de que o custo decorrente da paralisação da obra ou da demora para que haja decisão judicial, por exemplo, pode ser maior do que o custo de instalação do Comitê de Resolução de Disputas.

Doutro modo, a mediação possui como característica a atuação do terceiro imparcial e neutro que busca instigar as partes, através de perguntas, à fixação dos pontos de interesse. Para que, a partir das respostas, o problema fique delimitado, organizado e mais fácil de ser solucionado. É importante ressaltar que o mediador não fornece a solução, ele intermedeia o diálogo entre as partes para que se logre uma solução executável ou se avance na tentativa de composição do conflito. A conciliação se diferencia da mediação, pois é facultado ao conciliador sugerir a solução para os problemas apresentados pelas partes.

Sobre a possibilidade de transação entre particulares e a Administração Pública, Bacellar Filho entende possível: “a transação pressupõe, portanto, a existência de um espaço de conformação outorgado pela lei ao administrador (em outras palavras, discricionariedade) para valorar, no caso concreto, as medidas necessárias para a proteção do interesse público”.

¹⁰⁶ Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

¹⁰⁷ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

¹⁰⁸ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁰⁹ BACELLAR FILHO. In: DI PIETRO; SUNDFELD, 2012. p. 1.337.

¹¹⁰ BUCKER, 2010. p. 137.

Assim, em contraposição às vertentes doutrinárias que rechaçam a possibilidade, “transacionar não significa abrir mão do interesse público”: “a transação existe para permitir que o interesse público possa ser concretizado, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução da contenda” – admitindo-se que a Administração se valha do previsto no art. 840 do Código Civil¹¹¹.¹¹²

Em seus estudos, Bucker destaca que a transação efetuada por meio da mediação possui mais chance de ser cumprida do que a sentença arbitral. Isso por conta do consenso, da aceitação e da construção da solução pelas próprias partes. Ademais, a solução alcançada como resultado da mediação é vinculante assim como qualquer outra disposição contratual e “na medida em que as partes alcançaram o consenso sobre a solução a ser empregada e, tendo sido aceita pelas partes, passa a ter valor de contrato, ou seja, torna-se vinculante, de observância obrigatória, no mesmo patamar que todas as demais obrigações contratuais estipuladas”.¹¹³

Verifica-se que tanto a via judicial como a mediação e a arbitragem são métodos que possuem características que distam da conjugação de características necessárias para a resolução de conflitos em construções: a celeridade, a apuração técnica e o custo vs. benefício plausível considerando o valor global do contrato. Em sendo métodos insuficientes no preenchimento de todos estes requisitos, haja vista a complexidade de construções de infraestrutura, dedica-se, ato contínuo, ao estudo ao *Dispute Board* – método privado de solução e prevenção de disputas amplamente utilizado em construções civis privadas, o qual passa a ser admitido como método elegível em cláusulas compromissórias de contratos públicos mediante amparo legislativo.

¹¹¹ De acordo com o art. 840 do Código Civil, “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

¹¹² BACELLAR FILHO. In: DI PIETRO; SUNDFELD, 2012. p. 1.337.

¹¹³ BUCKER, 2010. pp. 153-154.

4 DISPUTE BOARDS APLICADOS AOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

Os *Dispute Boards* se caracterizam pela especificidade a que se destinam: contratos de construção de grande porte.¹¹⁴ Busca-se a utilização do método desde o início do empreendimento, de modo que a equipe – usualmente composta por dois engenheiros e um advogado – se mantém ativa durante todo o desenvolvimento do projeto.¹¹⁵ Contudo, é questionável o número de membros para a composição do Comitê - “o habitual é que o Comitê seja composto por três membros”, contudo “a utilização de revisor único em projetos de menor porte é recomendada pelo Banco Mundial e pela FIDIC”. Destaca-se, neste sentido, que “na construção do Complexo Industrial de Coega, na África do Sul, as partes facultaram a criação de um Comitê Revisor com ‘five-or-six person panel’, sendo exemplo de exceção à habitualidade de três membros.”¹¹⁶

O método ganhou notoriedade quando utilizado na construção do *Boundary Dam* em Washington, nos Estados Unidos da América, ainda na década de 1960 no formato de *Joint Consulting Board*. Após, foi publicado o relatório do Comitê Nacional de Tecnologia de Túneis dos EUA intitulado “Melhor contratação para a construção subterrânea” que reuniu uma relação dos principais litígios decorrentes deste tipo de empreitada.¹¹⁷ Com o passar dos anos, outras obras de grande porte – como a construção do Túnel de Eisenhower, no Colorado/EUA – adotaram os *Disputes Boards* de em 2006 foi estimada a aplicação em mais de 1.500 contratos de valores que superam US\$ 98 bilhões.¹¹⁸

A difusão da utilização dos *Disputes Boards* pelo mundo ocorreu após a adoção do método nos projetos: El Cajon, em Honduras; Aeroporto de Hong Kong; Hidrelétrica de Ertan, na China; Canal da Mancha, no Reino Unido; Autopista de Mount Baker, em Washington, nos EUA; Túnel Chambers Creek, em Washington, nos EUA; Central Hidrelétrica Coca Codo-Sinclair, no Equador; Autopista Tegucigalpa, São Pedro, em Honduras; Central Hidrelétrica Changuinola e Projeto Hidrelétrico dos Mares, no Peru;

¹¹⁴ Para Wald, “embora originalmente concebidos para os contratos de construção, a utilização dos dispute boards em outros tipos de contratos, como concessões, parcerias público-privadas, contratos de fornecimento e, até, divergências societárias, é crescente, e bastante vantajosa em contratos de longo prazo ou de execução diferida”. WALD, 2011/2014, p. 04.

¹¹⁵ Segundo Wald, “a composição do dispute board depende da natureza do contrato, dos conflitos potenciais que lhe serão submetidos e dos valores envolvidos”. Assim, “o painel poderá ser formado por uma, três ou mais pessoas, sempre em número ímpar, e poderá abranger profissionais de diferentes áreas, como engenheiros, economistas, advogados, administradores, conforme o caso”. Sendo que “a situação ideal é de colaboração entre as diferentes áreas, de acordo com a necessidade do negócio e das partes”. Idem.

¹¹⁶ TRINDADE, Bernardo Ramos et al. *Conhecimento e aplicabilidades do Comitê de Resolução de Disputas – CRD em obras de médio e grande porte*. Disponível em: <https://bit.ly/2qnIjkh> . Acesso em 30 out. 2018.

¹¹⁷ GOODRICH, Mark. *Dispute Adjudication Boards: Are they the future of dispute resolution?*. Disponível em: <https://bit.ly/2D23i0G>. Acesso em: 03 nov. 2018. p. 02.

¹¹⁸ BUCKER, 2010. pp. 129-130.

Projeto Hidrelétrico Chacayes, no Chile.¹¹⁹ Além de ser o método adotado desde 1995 nos contratos padrão da FIDIC – *International Federation of Consulting Engineers* – e ter sido incluído em 2004 no rol de métodos da ICC – *International Chamber of Commerce*.¹²⁰

A atuação dos engenheiros e advogados com notório conhecimento sobre obras do tipo específico do projeto deve ser imparcial. Ademais, tendo em vista a mácula da corrupção envolvendo o setor de infraestrutura¹²¹, é importante considerar este fator não com o objetivo de rechaçar o método, mas reafirmar o compromisso ético dos membros do Comitê – os quais são escolhidos pelas partes contratantes – a fim de que não hajam favorecimentos indevidos.

Pode-se elencar como benefícios da utilização dos *Disputes Boards*: a) a familiaridade dos profissionais com o tipo de empreendimento executado, de modo a facilitar decisões que seja viáveis e práticas com celeridade; b) a facilitação da comunicação entre as partes contratantes e o Comitê, em razão do contante acompanhamento da obra desde o início do projeto; c) evita atrasos no cronograma de obras, de modo que as tarefas continuam a ser cumpridas após a aplicação da solução; d) o acompanhamento contínuo da obra possibilita que o Comitê testemunhe os fatos e a origem do dissenso; e) estabelece-se relação de confiança entre a Administração Pública, os particulares e o Comitê em razão do constante contato pessoal. Ainda, destaca Bucker que o Comitê sempre deve aguardar ser provocado para emitir recomendações.¹²²

Para tanto, segundo Bernardo Ramos Trindade, Clémenceau Chiabi Saliba Júnior, Flávia Bittar Neves e Pedro Silveira Campos Soares, é preciso que os membros do Comitê possuam disponibilidade para visitas recorrentes ao local da obra e é salutar prezar pela multidisciplinaridade na composição dos membros, vez que várias *expertises* são necessárias para a prevenção e solução de litígios decorrentes de obras de infraestrutura.¹²³ A importância

¹¹⁹ RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os *Dispute Boards* no direito brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, v. 9, n. 2. p. 140.

¹²⁰ GOODRICH, p. 02.

¹²¹ De acordo com Alfredo Rodrigues dos Santos, a corrupção deve ser combatida em sua causa e não somente nas consequências. Consideram-se práticas corruptivas mais recorrentes: a) o superfaturamento – consistente do superdimensionamento dos preços e quantidades de materiais; b) o direcionamento – quando na concorrência, já são definidos parâmetros que privilegiam uma ou mais partes; c) superrmedição – é medir mais do que o executado, mais de uma vez com sistemas e pessoas diferentes; d) desvio de recursos adquiridos em nome do contratante que é direcionado para outros fins, que não para a construção; e) inclusão de notas fiscais “fantasmas” no processamento da cobrança. SANTOS, Alfredo Rodrigues dos. Os cinco tipos mais comuns de corrupção. Disponível em: <https://bit.ly/2MdUYgm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

¹²² BUCKER, 2010. p. 135-136.

¹²³ Segundo Trindade *et al*, na obra do Túnel Arterial de Boston Central “*had a three-member panel for each contract, with members having disciplinary-specific expertise and dispute resolution experience*”. Ademais, os autores destacam o exemplo da Agência de Cooperação Internacional do Japão (JICA) que possui em seu manual de Dispute Board a recomendação “*the contractual requirements to be met by each DB member are: the member shall be experienced in the type of work, wich the Contractor is to carry out under the Contract; the member shall be experienced in the interpretation of contract documentation; the member shall be fluent in the Contract language gor communications defined in the Contract*”. TRINDADE, Bernardo Ramos et al.

de manter membros com aptidões de interpretação jurídica objetiva facilitar a compreensão dos termos contratuais¹²⁴, bem como as questões técnicas devem ser analisadas por técnicos que detém especialidade na área, como engenheiros e geólogos, por exemplo.

No estudo desenvolvido por Trindade e outros, observou-se que há casos em que são formados painéis menores dentro dos Comitês de Resolução de Disputas. Como exemplo desta ocorrência, menciona-se a construção do Aeroporto de Hong Kong, projeto que teve um *Disputes Board* composto por sete membros divididos em painéis de um ou três membros para análise de demandas que foram separadas em razão da natureza e do conhecimento técnico abrangido.¹²⁵ Os autores não entendem como benéfica a constituição de dois ou mais Comitês para uma mesma obra, pois “pode gerar dúvidas quanto ao alcance e prevalência da decisão de um sobre o outro, independentemente da natureza da decisão e de seu caráter vinculante”. Não se pode olvidar da finalidade de uniformização de decisões, especialmente quanto aos conflitos recorrentes do projeto básico.¹²⁶

Importa ressaltar o benefício que há quando a formação do Comitê é concomitante à concepção do contrato de infraestrutura. Isto porque, conhecendo as questões implícitas à contratação, os membros do Comitê já iniciam em atuação preventiva aos litígios mais recorrentes em contratos daquela natureza. Neste sentido, “o Comitê também tem precipuamente a função preventiva, por servir como um avaliador neutro das mazelas da obra e das responsabilidades das partes, além de servir como verdadeiro guia para orientar a melhor conduta a ser adotada com vistas a se evitar conflitos”.¹²⁷

Contudo, não se pode olvidar a possibilidade de constituição do Comitê quando surge o conflito. Nestes casos, são instituídos os *Dispute Boards ad hoc*, “isto, é, comitês que não

Conhecimento e aplicabilidades do Comitê de Resolução de Disputas – CRD em obras de médio e grande porte. Disponível em: <https://bit.ly/2qnIjkh>. Acesso em 30 out. 2018.

¹²⁴ Conforme destacado pelos autores, caso o Comitê não possua um integrante com formação jurídica, usualmente contrata-se um Comitê de assessoria jurídica especializada. Adverte-se que “embora permita a formação de um Comitê mais voltado para as vicissitudes técnicas do empreendimento, fatalmente aumenta o custo de manutenção do Comitê”. Idem.

¹²⁵ Sobre a quantidade de membros do Comitê, destaca Ribeiro e Rodrigues que: “o projeto do Channel Tunnel contou com a presença de um dispute board de cinco membros, e na concessão do Channel Tunnel Rail Link, no Reino Unido, foram constituídos dois comitês: um composto por engenheiros incumbidos dos assuntos técnicos relacionados essencialmente à construção e outro para acompanhar os assuntos financeiros do contrato”. Ainda, “caso o dispute board, segundo a vontade das partes, seja composto por apenas um membro, este deverá ser escolhido por ambos os contratantes. Havendo divergência na indicação, a instituição incumbida da administração do procedimento deverá nomeá-lo, conforme as regras de seu regulamento”. Por fim, “a indicação de um membro para compor o comitê pode ser recusada pela parte contrária, segundo as regras da Câmara de Comércio Internacional de Paris, por razões de dependência, parcialidade ou outro motivo que evidencie a possibilidade de a atuação daquele membro estar ligada a algum tipo de relacionamento que ele tenha com a parte que o indicou. Aqui, a boa-fé objetiva de todos os envolvidos deve pautar as suas condutas.”. RIBEIRO, RODRIGUES, p. 143.

¹²⁶ RIBEIRO, RODRIGUES, p. 143.

¹²⁷ RIBEIRO, RODRIGUES, p. 143.

são formados no início da execução do contrato, mas quando surge a divergência ou conflito entre os contratantes”. Perde-se, nesta hipótese, a característica de atuação preventiva de litígios dos Comitês e “tem a desvantagem de os membros do *dispute board* não estarem envolvidos com as circunstâncias e com os fatos que permeiam a execução do contrato, podendo não ser tão eficaz quanto um *dispute board* que acompanha o projeto desde o seu início”.¹²⁸

Trindade e outros destacam as características marcantes dos *Dispute Boards*, quais sejam: “a consensualidade, informalidade, liberdade, bem como não vinculação das partes às soluções adotadas”. Neste sentido, há Comitês que são conformados para emitir recomendações que podem ou não serem seguidas pelos contratantes (ou seja, as recomendações não são vinculantes e “a confiança é a força motriz da qual decorre a autoridade do Comitê e o sentimento de justiça oriundo de suas recomendações”, é o caso do *Dispute Review Board*), os que emitem decisões vinculativas que devem ser cumpridas até a reversão judicial ou arbitral (são os *Dispute Adjudication Boards*)¹²⁹ e os Comitês mistos – ou

¹²⁸ RIBEIRO, RODRIGUES, p. 142.

¹²⁹ Ribeiro e Rodrigues ponderam, sobre a contraposição das decisões vinculativas dos *Dispute Adjudication Boards* em relação ao princípio da legalidade: “Essa modalidade de *dispute board*, no contexto da sistemática principiológica que rege e fundamenta a atuação da Administração Pública, poderia confrontar diretamente com o princípio da legalidade. Isso porque, apesar de expressamente permitido em lei a utilização de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, essa mesma legislação não prevê que os atores envolvidos na persecução da harmonia entre os contratantes estarão munidos dos mesmos poderes conferidos a um juiz estatal togado, o qual detém, pelo Estado, função jurisdicional e todos os elementos a ela inerentes para fazer cumprir as decisões judiciais que profere em nome do Estado-juiz.”. RIBEIRO, RODRIGUES, p. 154.

Neste sentido, corroboram as lições de Renata Faria Silva Lima: “Contudo, a aplicabilidade aos contratos públicos firmados no Brasil dos DB dotados de poder para emitir decisões vinculativas merece reflexão. Isso porque, diferentemente do que ocorre com as decisões exaradas em sede de arbitragem, cuja obrigatoriedade no cumprimento é prevista em expressa disposição legal, contido no art. 31 do diploma n. 9.307/96, não há instrumento legal específico que assegure a executividade dessas outras decisões finais não judiciais provenientes dos demais mecanismos privados para solução de disputas, aí incluídos os comitês de solução de controvérsias ou *dispute boards*. Assim, uma cláusula que estabeleça ser final a decisão de um *dispute boards* poderia ser tomada como incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, com o princípio da legalidade que rege a Administração Pública”. LIMA, Renata Farias Silva. Contratos administrativos: mecanismos privados para resolução de disputas. In: BATISTA JÚNIOR, O. A.; ARÊDES, S. N.; MATOS, F. N. de. (Coord.) *Contratos administrativos* (estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo). Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 278.

Também reflete sobre o caráter vinculativo das decisões técnicas à Administração Pública Gilberto José Vaz: “Nesse mesmo diapasão, as decisões finais e mandatórias dos *Dispute Boards* ainda poderiam ser desafiadas face a conflitos com inúmeros outros preceitos legais de ordem pública, tais como, por exemplo: (a) prazos estendidos de defesa garantidos à Administração Pública pelo CPC, os quais, *prima facie*, não poderiam ser derogados pelos prazos de manifestação estabelecidos nos procedimentos de DB dos organismos internacionais; (b) leis de procedimento administrativo que eventualmente prevejam o poder-dever do Estado de analisar pedidos dentro de passos procedimentais específicos, que, a princípio, não se coadunariam com a relativa informalidade das normas procedimentais dos DB, traço que, aliás, é justamente o que confere agilidade e eficácia a esse método de solução de controvérsias; e (c) normas prescricionais especiais, que não poderiam ser derogadas por prazos prescricionais estabelecidos em procedimentos de DB, como é o caso, por exemplo, dos exíguos 84 dias franqueados pelo Banco Mundial para que a parte descontente com as decisões do *Dispute Board* notifique a outra parte de sua intenção de instaurar procedimento arbitral.”. VAZ, Gilberto José. Os *dispute boards* e os contratos administrativos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 10, n. 38, 2013. p. 142.

híbridos (são os *Combined Dispute Boards*) – que reúnem tanto a atividade revisora de emitir recomendações como a possibilidade de emitir decisões.¹³⁰

Para Ana Paula Brandão Ribeiro e Isabella Carolina Miranda Rodrigues, os *Dispute Boards* são aconselháveis para os contratos de construção civil e de infraestrutura, “sobretudo aqueles cujo objeto consiste em empreendimentos que envolvem grandes financiamentos e um complexo planejamento de execução, com interface entre diversos agentes”. Isto em virtude da “celeridade, economicidade, especificidade e simultaneidade – acompanhamento das obras e serviços em tempo real – que os *dispute boards* conferem às questões, divergências e conflitos que são submetidos pelos contratantes”.¹³¹

O método dos *Disputes Boards* possui como benefício a celeridade, sendo que Trindade e os outros estudiosos concluíram que 90% das questões levadas ao Comitê são solucionadas definitivamente.¹³² Sendo o tempo médio calculado entre o surgimento do conflito e a manifestação do Comitê de 145 dias.¹³³ Vê-se que o tempo de resolução do conflito é importante fator para a concretização do projeto dentro do prazo estipulado em contrato e com a previsão orçamentária planejada inicialmente.

No Brasil, os *Disputes Boards* começaram a ser utilizados, no âmbito das construções públicas de infraestrutura, a partir dos contratos para expansão do Metrô de São Paulo, os quais foram financiados pelo Banco Mundial. Em razão dos bons resultados, avançou-se no uso e o método também foi eleito na Parceria Público-Privada para a construção do Complexo Criminal Ribeirão das Neves, em Belo Horizonte, Minas Gerais. Ademais, os contratos para “construção ou reforma de estádios para a Copa do Mundo de 2014 inseriram esse mecanismo em seus termos”. A partir de 2010, os *Disputes Boards* vêm sendo utilizados na: Parceria Público-Privada da Rodovia MG-050; na Parceria Público-Privada da Arena Fonte Nova, em Salvador, na Bahia; na Parceria Público Privada da Areia das Dunas, em Natal, no Rio Grande do Norte; no Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, em Pernambuco; e nos contratos para construção do trecho Norte do Rodoanel de São Paulo.¹³⁴

O método vem, pouco a pouco, sendo impulsionado por iniciativas legislativas, como se percebe da análise da Lei nº 16.873 de 2018 do Município de São Paulo. Verifica-se que é

¹³⁰ RIBEIRO, RODRIGUES, p. 142.

¹³¹ RIBEIRO, RODRIGUES, p. 146.

¹³² Ademais, em relação ao pagamento percebido pelo Comitê, observa-se a prática de: a) remuneração fixa mensal em contrapartida à visitação no local de obra e à disponibilidade para consultoria – internacionalmente, esta remuneração é conhecida como *retainer* e é fixada proporcionalmente à dimensão da obra, à complexidade técnica e ao seu valor econômico; b) diárias e despesas de inspeções externas – segundo o manual da JICA, são destinados US\$2.000,00 de honorários pela diária acrescidos de US\$1.000,00 para transporte e acomodação. RIBEIRO, RODRIGUES, p. 146.

¹³³ RIBEIRO, RODRIGUES, p. 146.

¹³⁴ RIBEIRO, RODRIGUES, p. 141.

breve e objetiva a delimitação feita pelo legislador acerca do que será objeto de apreciação pelos Comitês de Prevenção e Resolução de Disputas e percebe-se a cautela em destacar nos art. 1º e 5º as diretrizes principiológicas de Direito Administrativo – quando autoriza a disposição apenas de direitos patrimoniais disponíveis, observando a legalidade e a publicidade dos procedimentos.

Ainda, Gilberto José Vaz e Pedro Augusto Gravatá Nicoli¹³⁵ que apontam no histórico dos contratos públicos de infraestrutura: a) o desequilíbrio; b) a parcialidade; c) a informalidade – que imperravam a solução das disputas. Oportunidade em que a parte contratada não tinha direito de paralisar suas atividades até a resolução do problema, o que tornava a prática tradicional de solução de conflitos ainda mais desgastada e insuficiente. Vaz e Nicoli apontam que os *Disputes Boards* são associados à catalisação da resolução célere de conflitos o que traz concretude ao princípio da eficiência administrativa.

No mesmo giro, Arnaldo Wald¹³⁶ destaca a evolução do método dos *Disputes Boards* e as vantagens em relação à arbitragem e ao contencioso judicial. Pérsio Thomaz Ferreira Rosa¹³⁷, membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem, enfatiza a sua importância para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos. Enquanto Ana Paula Brandão Ribeiro e a Isabella Carolina Miranda Rodrigues¹³⁸ entendem que a modalidade do método que emite decisões vinculativas não seria a maneira mais adequada de resolver os conflitos contratuais da Administração em razão da principiológica que a rege. Contudo, as recomendações seriam plenamente possíveis.

Flávio Amaral Garcia¹³⁹ analisa os *Disputes Boards* no âmbito dos contratos de concessão e sustenta a necessidade de que a ferramenta integre o estudo do direito público contratual em primazia à confiança, à cooperação, à lealdade e à boa-fé salutar aos contratos de longa duração notadamente complexos.

Em sendo os *Disputes Boards* meio de resolução de controvérsias adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, e com o objetivo de verificar como o Judiciário compreende o método, através de pesquisa jurisprudencial em todos os tribunais estaduais e superiores,

¹³⁵ VAZ, Gilberto José.; NOCOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os *dispute boards* e os contratos administrativos: são os DBS uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública?. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 38/2013, p. 131-147, jul – set/2013.

¹³⁶ WALD, Arnaldo. Dispute resolution boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 30/2011, p. 139-151, jul – set/2011.

¹³⁷ ROSA, Pérsio Thomaz Ferreira. *Os dispute boards e os contratos de construção*. Disponível em: www.frosa.com.br/docs/artigos/Dispute.pdf. Acesso em 25 mar 2018.

¹³⁸ RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os *dispute boards* no direito brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, v. 09, nº 02, pp. 129-159.

¹³⁹ GARCIA, Flávio Amaral. O *dispute board* e os contratos de concessão. *Revista Direito do Estado*, nº 121, ano 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em: 25 mar 2018.

através do abrangente portal Jusbrasil (“<https://www.jusbrasil.com.br/?ref=logo>”), em meados de outubro de 2018, com as palavras-chave: *dispute boards*, localizou-se apenas um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: Apelação Cível nº 10093002520178260114.

Trata-se de apelação referente à ação de cobrança ajuizada por Tianda South America Sistemas LTDA em face do Consórcio Construtor Viracopos e da Aeroportos Brasil – Viracopos, em razão do inadimplemento de R\$4.548.136,58 referentes a dois contratos de fornecimento de equipamentos, materiais e serviços para obra e reforma do Aeroporto de Viracopos. Oportunidade em que foi arguida a aplicação ou não da cláusula arbitral do contrato entabulado entre Tianda e o Consórcio Viracopos às relações negociais derivadas estabelecidas entre Tianda e Aeroportos Brasil – Viracopos. Destaca a relatora, em seu voto, o sentido de equiparação do *Dispute Board* à arbitragem, reconhecendo-o como método privado de solução de disputas de forma rápida e definitiva:

Assim, restou evidenciado que a apelante e os apelados nunca tiveram intenção de resolver as disputas relativas aos negócios jurídicos celebrados por outro meio que não a arbitragem. Trata-se inclusive de contratos de execução complexa e de longo prazo, referentes à construção civil, sendo que demandas desta natureza são comumente resolvidas por arbitragem ou por *dispute boards* em vista de sua adequação para solucionar estas disputas de forma rápida e definitiva.¹⁴⁰

De acordo com Trindade e outros, nos contratos para a construção do Metrô de São Paulo e das obras das Olimpíadas de 2016 foram previstos os Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*). Bem como, durante as Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, no Rio de Janeiro, “o DRBF [*Dispute Resolution Board Foundation*], consultor contratado pelo comitê organizador, promoveu a certificação de dezenas de profissionais para atuação em *Dispute Boards* envolvendo contratos de prestação de serviços”.¹⁴¹

Em que pesem as vantagens expostas anteriormente, observa-se que o método em apreço também possui pontos problemáticos. Neste sentido, Mark Goodrich destaca que os *Dispute Adjudication Boards* funcionam bem quando as partes mantêm o respeito e confiança em relação ao método. Isto porque há projeto em que as partes se valem do método para demonstrar a insatisfação com todas as questões que se sucedem, sendo tarefa do Comitê a orientação em questões técnicas que possam atravancar o andamento do projeto ou que

¹⁴⁰ TJSP, AC 1009300-25.2017.8.26.0114, relatoria da Des. Daniela Menegatti Milano, da 16ª Câmara de Direito Privado, julgado em 13/03/2018 e publicado em 09/05/2018.

¹⁴¹ TRINDADE, Bernardo Ramos et al. *Conhecimento e aplicabilidades do Comitê de Resolução de Disputas – CRD em obras de médio e grande porte*. Disponível em: <https://bit.ly/2qnIjkh> . Acesso em 30 out. 2018.

demandem especial conhecimento técnico para a solução. Nestes casos, recomenda-se que as partes levem os problemas diretamente à arbitragem.¹⁴²

Observa-se que, em que pese a tentativa dos Comitês em evitar a descaracterização do método, o que ocorre na prática é usualmente a formação de uma mini-arbitragem. Sendo que o compromisso do *Dispute Board* é a melhor abordagem para soluções criativas, diversamente de métodos que propiciam soluções ásperas e prontas.¹⁴³ Isto é importante considerando problemas complexos que demandam soluções práticas e rápidas, exigindo-se criatividade e experiência com o tipo de construção em apreço.

Ainda sobre as problemáticas do método, Ribeiro e Rodrigues entendem como desvantagem: “o livre acesso da parte vencida às vias judiciais e arbitrais, negando-se a acatar a recomendação do *board* quando não alcançada uma solução negociada com a parte contrária”.¹⁴⁴ Ademais, destaca-se também como desvantagem: “o fato de que a decisão é tomada fora do âmbito de negociação entre as partes, ou seja, é uma obrigação imposta por um terceiro (ainda que assim tenham anuído as partes em contrato)”.¹⁴⁵

Vale destacar também a importância do papel desempenhado pelos advogados externos ao Comitê que podem aconselhar na resolução de problemas através: a) do apontamento de argumentos que podem ser bem ou mal recebidos por um particular; b) elucidando elementos do processo de *Dispute Adjudication Boards* que podem ser utilizados por alguma das partes em eventual arbitragem; c) indicando argumentos que devem ser descartados ou reformulados; d) sugerindo novos argumentos para o *Dispute Adjudication Boards*.¹⁴⁶

Em síntese, Goodrich destaca que os *Dispute Adjudication Boards* são importantes em contratos de construção e que devem ser bem compreendidos pelas partes contratantes. Isto porque é uma ferramenta que resolve disputas antes que seja necessário um processo arbitral, ainda no seu nascedouro. Sendo salutar, assim, a eleição do método ainda na concepção do contrato para evitar a compreensão errônea de que as partes são antagônicas e que o método é apenas uma arbitragem encurtada.¹⁴⁷

No Brasil, o método vem sendo utilizado pela Administração Pública do Estado de São Paulo na construção da Linha 04 – Amarela do Metrô. Em agosto de 2018, a notícia cuja manchete indica que “Tribunal paulista mantém decisão extrajudicial desfavorável ao Metrô”,

¹⁴² GOODRICH, p. 05.

¹⁴³ GOODRICH, p. 06.

¹⁴⁴ RIBEIRO, RODRIGUES, p. 146.

¹⁴⁵ RIBEIRO, RODRIGUES, p. 146.

¹⁴⁶ RIBEIRO, RODRIGUES, p. 146.

¹⁴⁷ RIBEIRO, RODRIGUES, p. 146.

publicada no portal Valor Econômico, ressalta que o Metrô de São Paulo terá que pagar aproximadamente R\$10 milhões ao consórcio responsável pela construção da Linha Amarela em razão da necessidade de retirada de material contaminado de um local da obra.¹⁴⁸

Neste caso, o Comitê emitiu decisão de que a Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô – deveria pagar o valor ao consórcio e o TJSP manteve a decisão – em favor do método privado de solução de litígios. Há tendência de que o número de casos com decisões revisadas pelos tribunais aumente nos próximos anos, pois as obras financiadas pelo Banco Mundial e pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) devem estipular em seus contratos cláusula de eleição dos *Dispute Boards*.¹⁴⁹

De 2016 – quando ocorreu o processo licitatório para a construção da Linha 04 – Amarela do Metrô de São Paulo, tendo vencido o consórcio das empresas Tiisa e Comsa – até agosto de 2018, o Comitê de Resolução de Disputas foi acionado quatro vezes. Em duas oportunidades, o Comitê proferiu decisões em favor do Metrô e em outras duas, contrariamente. A única decisão, até então, levada ao Judiciário foi a relativa à retirada de material contaminado do solo, pois o contrato prevê três possibilidades para a operação e o Estado não concordou com a decisão técnica que optou por uma mais custosa.¹⁵⁰

Levada a questão ao Judiciário, o Metrô conseguiu liminar de suspensão da decisão técnica do Comitê em primeira instância. Contudo, em sede de recurso¹⁵¹, o TJSP entendeu pela manutenção da decisão técnica. Para os advogados do consórcio, João Paulo Pessoa e Leonardo Toledo, “o *dispute board* enfrentou todos os pontos que o Metrô contestou”, sendo que “a decisão está muito bem fundamentada”.

Ademais, é importante a cautela na atividade de revisão judicial da decisão técnica, sob pena de perda de eficácia pela criação de precedentes que legitimem a suspensão liminar das decisões emitidas pelos Comitês: “ela só pode ser revista ou anulada se tiver alguma ilegalidade ou algo que demonstre que a decisão é flagrantemente errada”.¹⁵²

Da análise da decisão do Agravo de Instrumento nº 2096127-39.2018.8.26.0000, observa-se a maneira como o TJSP se posiciona em relação à Concorrência Pública Internacional nº 41075213 – financiada com recursos do Banco Mundial – que firmou o contrato administrativo nº 4107521301 com o Metrô elegendo os *Dispute Boards* como método de solução de conflitos: “um importante aspecto do modelo de contratação imposto

¹⁴⁸ BACELO, Joice. Tribunal paulista mantém decisão extrajudicial desfavorável ao Metrô. *Valor Econômico*, 10 ago. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2SGo0ZF>. Acesso em: 03 nov. 2018.

¹⁴⁹ BACELO, 2018.

¹⁵⁰ BACELO, 2018.

¹⁵¹ TJSP, AI 2096127-39.2018.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Público, relatoria Des. Torres de Carvalho., julgado em 30/07/2018.

¹⁵² BACELO, 2018.

pelas entidades financiadoras internacionais é a forma de resolução de eventuais conflitos que possam surgir entre as partes”, assim “o ‘Dispute Board’ (DB) ou Conselho Regional de Disputas (CRD) tem por objetivo garantir a boa execução do contrato e a manutenção de um clima harmônico e construtivo entre as partes”. O relator frisa que a agilidade das decisões, “ainda que em tese não sejam juridicamente perfeitas”, evitam paralisações, atrasos no cronograma do projeto e efeitos desastrosos sobre o fluxo de caixa das obras. Por isso, “é inadequada a sustação liminar dos feitos da decisão tomada pelo CRD em razão de eventual dúvida jurídica sobre o tema, sequer existente no caso”.

Segundo o relator, a suspensão liminar da decisão técnica não é compatível com a livre declaração de vontade das partes e com a natureza do procedimento que rege o Comitê. Ainda neste sentido “a interferência judicial deve dar-se com moderação e em casos que fujam à normalidade, para que a resolução amigável não se torne uma fase sem sentido ou eficácia ou que a vinda a juízo não represente mais que inconformismo com uma decisão fundamentada”. Nesta oportunidade, deu-se provimento ao Agravo para revogar a tutela de urgência que havia suspenso a eficácia da decisão técnica do Comitê.

No que tange à regulamentação, ainda não há legislação federal sobre o método específico. Contudo, há a Lei Municipal nº 16.873 de São Paulo, o Projeto de Lei nº 9.883 de 2018 da Câmara dos Deputados e o Projeto de Lei nº 206 em trâmite no Senado, o qual foi proposto pelo Senador Antonio Anastasia, representante de Minas Gerais, que tem por objetivo regulamentar a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos públicos celebrados pela União.

Da análise da justificativa do Projeto de Lei Municipal nº 577 de 2017, que originou a Lei Municipal nº 16.873 de 2018 de São Paulo, extrai-se a estatística de que “entre 97% e 99% das decisões tomadas pelas Juntas jamais foram combatidas em âmbito jurisdicional, e, quando foram, restaram plenamente mantidas/acatadas pelos julgadores finais”. Isto demonstra o nível de segurança jurídica proporcionada pelo método.¹⁵³

Vale a ressalva de que os Comitês são empregados no Brasil há algum tempo, sendo que, em empreendimentos de interesse público, “não somente tendem a ser premissa para efetivação de financiamentos por bancos internacionais de fomento, como já foram efetivamente aplicados em projetos de grande vulto econômico”, a exemplo da construção da Linha 04 – Amarela do Metrô de São Paulo. Ainda neste sentido, “por ser praxe segura inclusive sob o ponto de vista de racionalidade, é de se registrar que o Banco Mundial procura

¹⁵³ CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. *Justificativa – PL 0577/2017*. Disponível em: <https://bit.ly/2SEXKPb>. Acesso em: 03 nov. 2018.

impor como regra a contratação de um mecanismo *Dispute Board* como condição para liberar financiamento de obra de grande porte”.

O Projeto de Lei nº 9.883 de 2018¹⁵⁴, em trâmite na Câmara dos Deputados, é de iniciativa do Deputado Federal Pedro Paulo, representante do Rio de Janeiro, e dispõe sobre o uso dos *Dispute Boards* nos contratos administrativos. É interessante observar o constante do art. 11: “Será obrigatória a utilização dos Comitês de Resolução de Disputas para contratos cujo valor seja superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais)”.

Ademais, o Deputado Pedro Paulo justifica o seu Projeto de Lei destacando que os Enunciados: a) nº 49 (os Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro); b) nº 76 (as decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada); c) nº 80 (a utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos) – todos foram aprovados na I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.¹⁵⁵

Da análise do Projeto de Lei do Senado nº 206 de 2018, observa-se que o art. 1º destaca a aplicação dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos celebrados pela União. Podendo ser eleito Comitê Revisor (para prestar recomendações não vinculantes), Adjudicatório (para proferir decisões vinculantes) ou Híbrido (para prestar recomendações não vinculantes e decisões vinculantes) (art. 2º). Sendo princípios regentes das atividades dos Comitês: a legalidade e a publicidade; e devendo os membros agir com: imparcialidade, independência, competência e diligência.

Como justificativa para o Projeto de Lei, o Senador Anastasia pondera a necessidade de fortalecimento dos mecanismos de solução consensual de litígios envolvendo a

¹⁵⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL nº 9.883 de 2018*. Autoria do Deputado Federal Pedro Paulo. Disponível em: <https://bit.ly/2JDkLOz>. Acesso em: 05 nov. 2018.

¹⁵⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *CJF publica íntegra dos 87 enunciados aprovados na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*. Disponível em: <https://bit.ly/2zcl5Qd>. Acesso em 13 nov. 2018.

Administração Pública e utiliza como inspiração a Lei Municipal nº 16.873 de 2018 de São Paulo. Ademais, o Senador frisa que os contratos continuados possuem dificuldades na solução de disputas durante a fase de execução, sendo importante considerar os métodos extrajudiciais para que haja concretização dos princípios administrativos da eficiência, celeridade e segurança jurídica.¹⁵⁶

Não se pode olvidar a importância de compreender que a definição do método de solução de conflitos influi diretamente na concretude do princípio da eficiência da Administração Pública. Conforme pondera Gilberto José Vaz e Pedro Augusto Gravatá Nicoli, ao *Dispute Board* oferecer celeridade na solução, a morosidade característica dos processos judiciais deixa de entravar a efetivação da eficiência¹⁵⁷.

Vaz e Nocoli, enfaticamente, afirmam a possibilidade de utilização dos Dispute Boards no direito brasileiro.¹⁵⁸

Um Estado eficiente e voltado constitucionalmente para a resolução justa e célere das controvérsias em que se envolve contratualmente pode encontrar nos Dispute Boards um caminho não só juridicamente permitido, mas também uma forma privilegiada de dar concreção a um mandamento essencial de sua operação.¹⁵⁹

Neste sentido, pondera Ribeiro e Rodrigues que “não obstante o inegável prestígio que a arbitragem alcançou nos últimos anos no Brasil, a sua aplicação ainda é tímida se comparada com países que já possuem certa tradição.” Isto ocorre, segundo as autoras, em razão da “cultura litigiosa ensinada nas faculdades de direito e introduzidas pelos alunos já nos primeiros semestres de curso”.

¹⁵⁶ SENADO FEDERAL. *PL nº 206 de 2018*. Autoria do Senador Antonio Anastasia. Disponível em: <https://bit.ly/2QeHPp7>. Acesso em: 03 nov. 2018.

¹⁵⁷ Para Alexandre de Moraes, o princípio da eficiência “é o que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social”. MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa: Emenda Constitucional n. 19/98*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 30.

¹⁵⁸ Sobre o tema, “havendo previsão no Edital de Licitação, o instrumento convocatório que deve balizar toda a contratação da Administração Pública, de cláusula contratual que eleja mecanismo extrajudicial – denominados pela legislação de “mecanismos privados”- para solução de controvérsias, as partes poderão valer-se dos dispute boards como espécie desse gênero, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da legalidade face à existência de norma expressa autorizadora.”. Ademais, “sobre os contratos de concessão de maneira específica (o que se pode aplicar também aos contratos administrativos em geral, para os quais afirmam ser possível, inclusive, a formação de um comitê mesmo já tendo sido iniciada a execução contratual”. RIBEIRO, RODRIGUES, p. 153.

Ademais, “mecanismos alternativos de solução de disputas, que privilegiam a composição do conflito pelas partes antes do recurso à jurisdição do Estado (e até mesmo à arbitragem) valorizam e fazem cumprir o princípio da eficiência da gestão e dos atos administrativos”. RIBEIRO, RODRIGUES, p. 155.

¹⁵⁹ VAZ, Gilberto José; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Os Dispute Boards e os contratos administrativos: são os DBS uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública?. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 38/2013, jul – set/2013; *Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação*, v. 06/2014, set/2014.; *Revista dos Tribunais Online*, Tompson Reuters. pp. 10-11.

O ensino jurídico é um fator que influencia no desenvolvimento e na disseminação da utilização de métodos como os *Dispute Boards*: “não se pode esconder que esse mecanismo veio ganhando espaço nos últimos anos, sobretudo nos contratos administrativos para obras públicas”; contudo, “sua difusão é pequena e o sistema jurídico brasileiro ainda não se adaptou completamente a esse tipo de mecanismo de solução de disputas”.¹⁶⁰

Como vantagem da utilização dos *Dispute Boards* pela Administração Pública, destaca-se o benefício na gestão da coisa pública: “sobretudo em respeito aos princípios da moralidade e da impessoalidade: afasta-se a chance de tratamentos diferenciados e decisões carregadas de cunho político”.¹⁶¹

Ainda, em que pesem as controvérsias doutrinárias acerca da possibilidade¹⁶² dos *Dispute Adjudication Boards* emitirem decisões vinculativas em contratos envolvendo a Administração¹⁶³, ressalva Ribeiro e Rodrigues: “assim é que, em princípio, a visualização de um *dispute board* cuja decisão seja final e obrigatória para a Administração Pública não parece ser a escolha mais acertada dentro do contexto do tratamento que os contratos administrativos possuem no ordenamento”. Contudo, “não devem ser um obstáculo para que o Poder Público continue prevendo cláusulas de *dispute board* em seus contratos, como o vem fazendo com os atuais contratos de concessão para o Trecho Norte do Rodoanel de São Paulo”.¹⁶⁴

Em síntese, tomando em consideração as análises anteriores, é possível elencar como vantagens dos *Dispute Boards*: a) a eleição do método ainda na concepção do projeto básico e do contrato de infraestrutura; b) o caráter permanente que possibilita o acompanhamento pelos membros do Comitê o que ocorre dia a dia na obra; c) maior familiaridade dos membros com o tipo do contrato; d) a possibilidade de facilitação da comunicação para que as soluções sejam negociadas entre as partes e as questões que precisarem de decisão ou recomendação especializada do Comitê, são resolvidas; e) evita o avivamento da animosidade entre as partes; f) controle de orçamento da obra, evitando despesas altas e imprevistas decorrentes de

¹⁶⁰ RIBEIRO, RODRIGUES, p. 148.

¹⁶¹ RIBEIRO, RODRIGUES, p. 153.

¹⁶² Sobre o receio na utilização do método no Brasil, Wald pondera que “a utilização dos *dispute boards* no Brasil, porém, ainda é rara. Tal situação se deve, em grande parte, ao desconhecimento e à desconfiança, sobretudo entre profissionais da área jurídica, quanto à sua admissibilidade no direito brasileiro, em sua modalidade obrigatória (os chamados *dispute adjudication boards*)”. WALD, 2011/2014, p. 03.

¹⁶³ De acordo com Ribeiro e Rodrigues, “a doutrina e também a legislação, conforme visto, se mostram positivas e favoráveis à inclusão dos *dispute boards* aos contratos administrativos para obras públicas, sendo essa prática uma forma de introduzir uma nova mentalidade sobre conflito no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro e que já vem sendo implementada por outras jurisdições.” E complementam: “É a mentalidade da negociação prévia para se alcançar soluções discutidas e que abranjam os interesses envolvidos sem que seja imprescindível a figura do Estado-juiz para impor uma decisão que, geralmente, está dissociada da realidade fática e técnica da execução do contrato.”. RIBEIRO, RODRIGUES, p. 155.

¹⁶⁴ RIBEIRO, RODRIGUES, pp. 154-155.

disputa que ocorre durante a execução contratual; g) todos os membros são diretamente escolhidos pelas partes; g) os membros do Comitê não possuem responsabilidade pessoal ou profissional por suas ações, exceto quando a atuação é de má-fé, o que propicia liberdade e independência; h) é um procedimento mais informal do que o Judiciário e a Arbitragem em relação à apresentação de documentos; i) confiança e respeito pelas partes em relação ao método em razão do contato direto e diário durante a obra; j) facilitam a comunicação e a cooperação para que as partes resolvam de forma amigável os conflitos; k) as disputas são resolvidas individualmente assim que surgem, evitando acúmulo e prolongamento; l) os custos são divididos entre as partes, igualmente, e são menores em comparação com os gastos para a instituição de tribunal arbitral e de perícia judicial; m) a resolução do conflito é mais célere – em cerca de 90 a 180 dias, em comparação com a Arbitragem que pode chegar a três anos de demora e ao Judiciário; n) contribui para a redução do custo total da obra, evitando paralisação e atrasos; o) as decisões técnicas proferidas pelo Comitê podem ser utilizadas como prova na Arbitragem e os membros do painel podem ser chamados a prestar depoimento como testemunhas; p) diversamente do que se admite nas contratações privadas, vige o princípio da publicidade que afasta a possibilidade de confidencialidade das informações da obra trabalhadas pelo Comitê¹⁶⁵.

Pelas razões ante expostas, os *Dispute Boards* podem auxiliar no incentivo ao aumento de investimentos no setor de infraestrutura, tendo em vista que os custos são competitivos e as vantagens concretas em relação aos demais métodos, é o que o Brasil necessita neste momento.

Ademais, para Wald, afastando a desconfiança em relação aos *Dispute Boards*, pondera: “estamos certos de que este instituto, ao lado da arbitragem, tem todos os elementos necessários para constituir o futuro da resolução extrajudicial de controvérsias no Brasil do Século XXI”.¹⁶⁶

Por fim, os *Dispute Boards* podem auxiliar na prevenção de litígios envolvendo atores extra-contratuais, como nas controvérsias atinentes às reivindicações das comunidades locais

¹⁶⁵ Neste sentido, Carlos Alberto de Salles leciona que “a divulgação de dados e informações públicas é uma necessidade do Estado contemporâneo, exatamente por garantir as condições de *accountability* (responsividade) dos órgãos públicos”. Ademais, “a utilização de mecanismos alternativos de solução de controvérsias no âmbito da Administração Pública exige adaptações, para que esses meios, concebidos para o tratamento de interesses privados, possam atender àqueles parâmetros próprios da disciplina jurídica do Poder Público”. Conclui-se que “o sigilo, de todo modo, deve sempre ser a exceção” a fim de garantir o “acesso àquelas informações básicas, necessárias a permitir o controle público e gerar a responsividade dos agentes públicos envolvidos”. SALLES, Carlos Alberto de. A confidencialidade possível: a Administração Pública como parte nos mecanismos alternativos de solução de controvérsias. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 01, jan-abr/2017. p. 158, 170.

¹⁶⁶ WALD, 2011/2014, pp. 04-07.

afetadas, através do gerenciamento de fóruns que propiciem o diálogo entre as partes envolvidas no projeto básico e as que serão direta ou indiretamente afetadas pelas obras de infraestrutura.

Neste sentido, em palestra realizada no Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, organizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a professora Kathryn Ann Hochstetler¹⁶⁷ apresentou as suas considerações sobre os conflitos socioeconômicos e ambientais a partir do estudo dos 302 projetos de infraestrutura, do setor de energia elétrica, financiados pelo BNDES entre 2002 e 2012.¹⁶⁸

Kathryn sustenta que o processo de licenciamento ambiental brasileiro é um marco regulatório utilizado mundialmente para analisar os problemas concernentes aos projetos de infraestrutura que são benéficos a nível nacional, mas prejudiciais em determinados locais. Portanto, em que pese sejam essenciais ao desenvolvimento nacional, estes projetos ocasionam significativos impactos socioeconômicos e ambientais.

Pondera-se que a conformação técnica do Comitê usualmente se direciona à emissão de recomendações e decisões técnicas, notadamente de engenharia, de geologia ou outra *expertise* que se faça necessária ao contrato e ao tipo de construção em específico. Sendo as questões atinentes a comunidades tradicionais e comunidades locais inadequadas ao *Dispute Board* – podendo ser aplicada, por exemplo, o método consistente da mediação multipartes, a fim de possibilitar o diálogo em ambiente em que os contratantes e os afetados possam fixar os seus interesses e melhores soluções.

Em relação ao processo de licenciamento ambiental, em que pese seja um problema que impacte significativamente o andamento do projeto básico, é protocolar e obrigatório para a emissão de licenças. Assim, os contratantes devem se socorrer, no máximo, às recomendações dos membros do Comitê – a fim de evitar falhas que são recorrentes. Deste modo, a função adjudicatória não se mostra viável, pois as decisões do Comitê são vinculantes às partes envolvidas na contratação e não a pessoas ou órgãos externos – como no caso dos IBAMA, por exemplo.

A partir das recomendações da FIDIC e do ICC, é usual que contratos privados de construção civil de expressivo vulto econômico prevejam cláusulas de eleição de *Dispute*

¹⁶⁷ Kathryn Ann Hochstetler é PhD em Ciência Política pela Universidade de Minnesota e se dedica ao estudo sobre meio ambiente e desenvolvimento, realizou pesquisa de campo no Brasil sobre o setor de infraestrutura, especialmente em relação à área de energia elétrica. Além disso, é professora do Instituto de Desenvolvimento na *London School of Economics and Political Science*.

¹⁶⁸ A palestra sobre os conflitos entre o Estado e a sociedade civil relacionados aos projetos de infraestrutura, ministrada por Kathryn Hochstetler durante o Seminário Internacional “Planejamento e Execução do Investimento em Infraestrutura”, organizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em março de 2016, está disponível para consulta em: <https://bit.ly/2yGYIkX>. Acesso ao vídeo em: 15 out. 2018.

Boards. Cumpre, no momento atual brasileiro, difundir-se o estudo sobre o método na academia, com a ampliação das análises científicas sobre a sua aplicabilidade ou não, considerando problemas técnicos específicos dos contratos públicos de infraestrutura, os quais exigem o mapeamento da incidência de conflitos em cada fase do projeto básico, com o amparo necessário dos conhecimentos interdisciplinares de Engenharia Civil, Geologia, Engenharia Ambiental e outros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão que ainda permeia a aplicação dos *Dispute Boards* nos contratos administrativos tange à principiologia jurídica e à controvérsia doutrinária sobre a separação total ou a inter-relação entre os ramos do direito público e privado. Em que pesem os avanços, o Brasil ainda nutre o receio em admitir no âmbito da Administração Pública: métodos privados de solução de conflitos, temendo decisões que sejam alheias ao Judiciário. Contudo, este paradigma clássico vem sofrendo importantes alterações a fim de possibilitar que a Administração Pública transacione na esfera extrajudicial, inclusive visando a celeridade e a eficiência.

Não se observa como saída para a expansão do uso dos *Dispute Boards* apenas a instituição de leis regulamentadoras. Isto porque há permissivos legais que autorizam a utilização de métodos alternativos ao Judiciário e adequados aos conflitos em contratos entabulados pela Administração Pública. Os diplomas legais que dispõem sobre os Comitês de Prevenção e Solução de Disputas visam conferir autorização literal e inequívoca para o uso método – atendo-se à exigência de legalidade estrita.

Contudo, é crucial o desenvolvimento de ensino e pesquisa científica sobre o tema, inclusive a fim de evitar a formação de jurisprudência que origine precedentes esvaziadores da eficácia de métodos privados de solução de litígios aplicados em contratos administrativos.

Ademais, mostra-se importante a inclusão de cláusulas prevendo os *Dispute Boards* nos contratos de infraestrutura condicionando-as à liberação de financiamento bancário para projetos de alto valor objetivando a maior utilização do método no âmbito da Administração Pública, já que é amplamente utilizado em contratações privadas.

Não só a resolução quando a disputa já está instalada, sobretudo a prevenção é o que mais gera a presunção de que a finalidade pública será atingida. Em contratos complexos de infraestrutura, é importante o acompanhamento desde a concepção do projeto básico por profissionais técnicos especializados, experientes em processos de licenciamento ambiental, atentos ao que ocorre nos canteiros de obras e à documentação técnica necessária, que podem evitar entraves desnecessários que comprometam o avanço da execução do projeto básico.

Conclui-se, em apertada síntese, pela importância da prevenção e resolução célere de litígios em contratos de longa duração e de alto valor, como são os contratos de infraestrutura, pautada na confiança, na técnica e na experiência de membros que possuem afinidade com o tipo de projeto básico em andamento. Portanto, em que pesem as desvantagens, configura-se,

a depender do caso concreto, o método mais adequado para dirimir os conflitos técnicos decorrentes dos contratos de infraestrutura: os *Dispute Boards*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Disponível em: <https://bit.ly/2DW7xgA>. Acesso em: 03 out. 2018.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito administrativo, a arbitragem e a mediação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Licitação e contratos administrativos*. Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo. V. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BACELO, Joice. Tribunal paulista mantém decisão extrajudicial desfavorável ao Metrô. *Valor Econômico*, 10 ago. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2SGo0ZF>. Acesso em: 03 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/1CpD2H2>.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 1996. Disponível em: <https://bit.ly/2OIkWSE>.

BRASIL. Lei nº 13.140 de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2pouLiS>.

BUCKER, Maurício Brun. *Gerenciamento de conflitos, prevenção e solução de disputas em empreendimentos de construção civil*. 2010. Dissertação (mestrado em Engenharia Civil). Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo.

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. Investimento em infraestrutura e recuperação da economia. Disponível em: <https://bit.ly/2M7nN1Q>. Acesso em: 11 ago. 2018.

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. *Justificativa – PL 0577/2017*. Disponível em: <https://bit.ly/2SEXKPb>. Acesso em: 03 nov. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL nº 9.883 de 2018. Autoria do Deputado Federal Pedro Paulo. Disponível em: <https://bit.ly/2JDkLOz>. Acesso em: 05 nov. 2018.

CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. A disponibilidade do interesse público no novo Código de Processo Civil e o princípio da eficiência na Administração”. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 44, n. 142, jun. 2017.

CARNEIRO, Tiago Amorim Pouillard. Direito da construção: das modalidades de contratação nos projetos de engenharia. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 152, set 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2B3Ze0Q>. Acesso em: 11 ago 2018.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. *Anuário CNT do Transporte: estatísticas consolidadas*. Ano 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2w6ZWVt>. Acesso em: 11 ago. 2018.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *CJF publica íntegra dos 87 enunciados aprovados na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*. Disponível em: <https://bit.ly/2zcl5Qd>. Acesso em 13 nov. 2018.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <https://bit.ly/2AcAt1N>.

DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Apresentação. In: DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Org.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

E-GESTÃO. *Como fazer uma gestão de obras públicas mais eficiente*. Disponível em: <https://bit.ly/2AaonnP>. Acesso em: 14 out. 2018.

FERREIRA, Fernanda Meirelles; ROZENFELD, Tales. *Contribuições para a governança da infraestrutura no Brasil: projeto básico e mediação de conflitos*. São Paulo: Centro de Pesquisas em Estratégia do Insper, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2vC0WBk>. Acesso em 05 ago 2018.

FIDIC. *About FIDIC*. Disponível em: <https://bit.ly/1RFAR7p>. Acesso em: 03 out. 2018.

FREITAS, Rafael Vêras de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos. *Consultor Jurídico*, 11 mai. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2zORpIn>. Acesso em 13 nov. 2018.

GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Org.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro? Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

_____. O *dispute board* e os contratos de concessão. *Revista Direito do Estado*, n° 121, ano 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>. Acesso em: 25 mar 2018.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. Administração Pública e o neoconstitucionalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Fundamentos e princípios do direito administrativo*. Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo. V. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOODRICH, Mark. *Dispute Adjudication Boards: Are they the future of dispute resolution?*. Disponível em: <https://bit.ly/2D23i0G>. Acesso em: 03 nov. 2018.

HOCHSTETLER, Kathryn Ann. *Conflicts between state and civil society related to infrastructure projects*. Brasília: IPEA, 2016.

ICC. *Dispute boards*. Disponível em: <https://bit.ly/2sphPux>. Acesso em: 03 out. 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Planejamento e execução do investimento em infraestrutura. Disponível em: <https://bit.ly/2yGYIkX>. Acesso ao vídeo em: 15 out. 2018.

INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE. *Por dentro do gasto público: infraestrutura*. Disponível em: <https://bit.ly/2pSvtr9>. Acesso em: 15 out. 2018.

LIMA, Renata Farias Silva. Contratos administrativos: mecanismos privados para resolução de disputas. In: BATISTA JÚNIOR, O. A.; ARÊDES, S. N.; MATOS, F. N. de. (Coord.) *Contratos administrativos* (estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo). Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. *Curso de direito administrativo*. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa: Emenda Constitucional n. 19/98*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORO, Rosi Fabiane Hoffmann. *Principais problemas na gestão de contratos de obras públicas*. Disponível em: <https://bit.ly/2NFwDzR>. Acesso em: 14 out. 2018.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Lei nº 16.873 de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2DF51KN>.

OLIVEIRA, Marcio Rodrigues de. Dirigismo contratual e o princípio da dignidade da pessoa humana e função social do contrato. *Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 05, nº 02, jul./dez. 2014.

PÊGO, Bolívar et al. *Condicionantes institucionais à execução dos investimentos em infraestrutura econômica no Brasil: licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: IPEA, 2017.

PEREIRA, Alexandre; PUGA, Fernando Pimentel. Infraestrutura no Brasil: ajustando o foco. BNDES, *Textos para discussão*, nº 112, nov. 2016.

PERLINGEIRO, Gabriel. As possibilidades de solução consensual de conflitos judiciais com a Administração Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, nº 03, set./dez. 2017.

PINTO, Carlos Alberto da Motta. *Teoria geral do direito civil*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 1992.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os Dispute Boards no direito brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, v. 9, n. 2.

ROSA, Pêrsio Thomaz Ferreira. *Os dispute boards e os contratos de construção*. Disponível em: <https://bit.ly/2OFcJ8H>. Acesso em 25 mar 2018.

SADDY, André. Perspectivas do direito da infraestrutura com o surgimento das novas tecnologias (inovações) disruptivas. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 06/2018, jul.-set./2018. p. 23.

SALLES, Carlos Alberto de. A confidencialidade possível: a Administração Pública como parte nos mecanismos alternativos de solução de controvérsias. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 01, jan-abr/2017.

SANTOS, Bruno Grego dos. *Transação extrajudicial na Administração Pública*. Tese (doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

SENADO FEDERAL. *PL nº 206 de 2018*. Aatoria do Senador Antonio Anastasia. Disponível em: <https://bit.ly/2QeHPp7>. Acesso em: 03 nov. 2018.

SEPPÄLÄ, Christopher R.. *FIDIC and Dispute Adjudication Boards (DAB(s))*. Disponível em: <https://bit.ly/2O45CLx> . Acesso em: 03 out. 2018.

SOUZA, Rafael Soares. Arbitragem e Administração Pública: comentários ao Projeto de Lei 406/2013. *Revista dos Tribunais Nordeste*, v. 03, São Paulo, jan./fev. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TRINDADE, Bernardo Ramos et al. *Conhecimento e aplicabilidades do Comitê de Resolução de Disputas – CRD em obras de médio e grande porte*. Disponível em: <https://bit.ly/2qnljkh>. Acesso em 30 out. 2018.

VAZ, Gilberto José. Os dispute boards e os contratos administrativos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 10, n. 38, 2013.

WALD, Arnaldo. Novos aspectos da concessão de obras e do seu financiamento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Licitação e contratos administrativos*. Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo. V. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Dispute Resolution Boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 30/2011, jul – set/2011; *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 04/2014, set/2014; *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, v. 6/2014, set/2014.